



08.04.2021 kontrolliakt nr 12.2-4/13
riigihangete teostamise kontrollimise kohta
AS-is Tallinna Sadam

Kontrollimise alus:	Rahandusministeeriumi 20.12.2019 kiri nr 12.2-4/304-1
Hankija nimi:	aktsiaselts TALLINNA SADAM
Hankija registrikood:	10137319
Hankija õiguslik vorm:	äriühing / aktsiaselts
Hankija juhtide nimed:	juhatuse esimees Valdo Kalm
Kontrollitav ajavahemik:	01.01.2018 – 31.12.2018
Kontrolli käigus andsid selgitusi:	hankejuht Margo Jõgi

1. Kontrollimise eesmärk ja ulatus

- 1.1. Kontrollimisele kuulus AS-is Tallinna Sadam (edaspidi ka Hankija) riigihangete teostamisel riigihangete seaduses sätestatud nõuetest kinnipidamine ajavahemikul 01.01.2018 – 31.12.2018 (edaspidi ka Kontrolliperiood).
- 1.2. AS-i Tallinna Sadam struktuuris puudub eraldi hankeosakond, -teenistus, -talitus vms struktuuriüksus. Riigihanke menetluste ettevalmistamise ja läbiviimise eest vastutavad organisatsioonisiseselt vastava divisjoni juht või juhatuse esimehele otse alluva osakonna juhataja, keda riigihangete korraldamist puudutavates küsimustes nõustab ja abistab hankejuht.
- 1.3. Kontrolliperioodil oli riigihangete korraldamine reguleeritud 01.09.2017 jõustunud riigihangete seadusega (RT I, 01.07.2017, 1) (edaspidi ka RHS).
- 1.4. Kontrollimise eesmärgiks oli muuhulgas tuvastada: kas Hankija on enne hanke- ja raamlepingute sõlmimist viinud läbi seaduse kohaselt nõutavad riigihanke menetlused (sh. hankemenetlused, lihthankemenetlused, kontsessioonilepingu sõlmimise menetlused jne); kas Hankija on riigihanke osadeks jagamisel järginud riigihanke osadeks jaotamise korda (osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta lepingu sõlmimisel kohaldatakse üldjuhul kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda); kas hankelepingute sõlmimine ja muutmine on toimunud nõuetekohaselt; kas hankija on järginud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.
- 1.5. Kontrollitaval ajavahemikul on Hankija kajastanud riiklikus riigihangete registris (edaspidi ka eRHR) kokku 89 riigihanke menetlust, millest 63 olid lihthankemenetlused, 22 avatud hankemenetlused, 3 väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlused ja 1 kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus (kontsessiooni erimenetlus).
- 1.6. Hankijate hankekogemusest lähtuva kategoriseerimise põhjal moodustatud juhuvalimi meetodit kasutades võeti järelevalvemenetluses eRHR-i põhiselt kontrollimisele 28 riigihanke menetlust järgmiselt:
 - 1.6.1. Üheksateist lihthankemenetlust (eRHR viitenumbrid 203253; 194537; 196484; 192776; 195218; 198671; 196182; 195768; 196528; 200796; 199065; 198727; 194582; 196994; 194868; 198542; 195239; 203786; 195101);

- 1.6.2. Seitse avatud hankemenetlust (eRHR viitenumbriid 198439; 200269; 197944; 200728; 198666; 200124; 201958);
- 1.6.3. Üks väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus (eRHR viitenumber 202561);
- 1.6.4. Üks kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus (eRHR viitenumber 191957).
- 1.7. Hankija poolt 2018. aastal alustatud 89-st riigihanke menetlusest 3-s oli esitatud vaidlustus riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi ka VAKO). Seega moodustas vaidlustuste protsent Hankija 2018. aasta riigihangetest 3,4% (mis on võrreldav vaidlustuse osakaaluga 2018. aastal korraldatud kõigist riigihangetest¹). VAKO rahuldab 2 vaidlustust ning jättis 1 vaidlustuse rahuldamata:
- 1.4.1. Ehitustööde lihthankes "AS Tallinna Sadam Vanasadama A-terminali esise liiklusala ehitustööd" (eRHR viitenumber 196182) esitatud vaidlustus rahuldati VAKO 23.05.2018 otsusega nr 69-18/196182 – Hankija eksis (edukaks tunnistatud) pakkumuse vastavuse kontrollimisel.²
- 1.4.2. Teenuste lihthankes "AS Tallinna Sadam Vanasadama D-terminali rekonstrueerimis- ja laiendustööde omanikujärelvalve teenuse osutamine" (eRHR viitenumber 195694) esitatud vaidlustus rahuldati VAKO 05.07.2018 otsusega nr 124-18/195694 – Hankija eksis riigihanke formaalsetele tingimustele mittevastava pakkumuse tagasilükkamisel, sest kuigi lihthanke alusdokumendi kohaselt nõutud alltöövõtja kinnitus oli esitatud allkirjastatud originaaldokumendi asemel skaneeritud koopiana, ei taksitanud VAKO arvates ühe dokumendi vormistamisele esitatud nõude täitmata jätmise pakkumuse vastavuse kontrollimist ning Hankija ei olnud pakkumuse tagasilükkamise otsuses kaalutlenud ega põhjendanud, miks pidas Hankija pakkumuse vormistamisel esinevat puudust sisuliseks (s.o tagantjärele mittekõrvaldatavaks).
- 1.4.3. Asjade lihthankemenetluses "Pardakaartide lugemise väravad" (eRHR-i viitenumber 196996) esitatud vaidlustus jäeti rahuldamata VAKO 13.06.2018 otsusega nr 106-18/196966³ – vaidlustuse esitaja pakkumus oli lihthanke tehnilisele kirjeldusele sisuliselt mittevastav ning Hankija ei pidanud võimaldama vaidlustuse esitajal oma pakkumust pärast pakkumuse esitamise tähtpäeva sisuliselt muuta.
- 1.5. AS-i Tallina Sadam hanketegevusega seoses esitati Rahandusministeeriumile juhtumipõhise järelvalvemenetluse läbiviimiseks 2018. aastal üks märgukiri (järelvalveteade), mis käsitles käesoleva kontrolliakti punktis 1.4.1 nimetatud lihthanget "AS Tallinna Sadam Vanasadama A-terminali esise liiklusala ehitustööd" (eRHR viitenumber 196182). Järelevõetluse menetlust ei alustatud põhjusel, et pärast järelvalvemenetluse alustamise otsustamiseks Hankijalt selgituste küsimist tunnistas Hankija lihthankemenetluse omal algatusel kehtetuks.

¹ 2018. a. korraldati kokku 7 854 riigihanget. 2018. a. esitati VAKO-le 269 vaidlustust, s.o vaidlustatud riigihangete osakaal kõigist eRHR-is avaldatud riigihangetest oli 3,4%. vt. Vaidlustuste esitamine ja läbivaatamine 2018. aastal: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/vaidlustusmenetlus/vaidlustuskomisjoni-statistika>

² Kõnealuse lihthankemenetlusega seoses esitati Rahandusministeeriumile 05.06.2018 ka järelvalveteade, kuid järelvalvemenetlust ei alustatud, sest 08.06.2018 tunnistas Hankija lihthankemenetluse omal algatusel kehtetuks. Kehtetuks tunnistamise tingis asjaolu, et lihthanke alusdokumendis märgitud lepingu täitmise lõpptähtpäev oli möödunud, mistõttu lepingu täitmine alusdokumentides sätestatud tingimustel oli muutunud võimatuks. Vt. RaM 11.06.2018 nr 12.2-1/4569-4.

³ VAKO otsuse numbris on ekslikult eRHR-i viitenumbri 196996 asemel viidatud riigihankele viitenumbri 196966.

- 1.6. Majandustehingute teostamisel, sh. maksumuselt riigihanke ja lihthanke piirmäärasid ületavate hankelepingute sõlmimisel, RHS-is sätestatud korrast kinnipidamist on kontrollitud AS-i Tallinna Sadam 2018. aasta ostuarvete, raamatupidamisprogrammi väljavõtete, eRHR-is avaldatud andmete ning Hankija enda poolt edastatud dokumentide ja kontrollvisiidi käigus antud selgituste alusel.
- 1.7. Käesolevas kontrolliaktis esitatud Hankija soetuste maksumused on märgitud ilma käibemaksuta.
- 1.8. Kontrollvisiit hankija juurde toimus 23.07.2020.
- 1.9. Kontrolliakti projekt edastati Hankijale tutvumiseks ja vastuväidete esitamiseks 15.02.2021. Hankija esitas omapoolse seisukoha kontrolliakti projektile 26.02.2021, märkides, et ei nõustu kontrolliakti projektis Muuga sadama kaide remonttööde ning laevaheitmete käitlusteenuse tellimise kohta tehtud järeldustega. Hankija esitatud vastuväidetest tulenevalt tekkis vajadus täpsustada võrgustikusektori hankijaga seotud ettevõtja erandi kohaldamise eelduseks olevaid alusandmeid. Hankija esitatud täiendavad andmed tõid kaasa vajaduse täiendada kontrolliakti põhjendusi, kuid ei muutnud Rahandusministeeriumi lõppjäreldusi. Hankija vastuväited ja Rahandusministeeriumi seisukoht Hankija vastuväidete suhtes on toodud vastavat teemat käsitleva kontrolliakti alapunkti juures (vt. lk-d 19-21 "Muuga sadama kaide remont", lk-d 25-29 "Laevaheitmete käitlusteenus ning seotud ettevõtja ja sisetehingu erandi mittekohaldatavus").

2. Riigihangete seaduses sätestatud korrast kinnipidamise kontrollimine

2.1. Hankijaks määratlemine

RHS § 5 lg 1 sätestab, et käesolevas seaduses sätestatud korda on kohustatud järgima avaliku sektori hankija ja võrgustikusektori hankija.

RHS § 5 lg 2 p 5 kohaselt oli kontrolliperioodil avaliku sektori hankijaks ka (eelnimetatata) eraõiguslik juriidiline isik, mis vastas järgmistele kumulatiivsetele tingimustele: (i) mida põhiliselt rahastasid või mille juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määrasid või mille juhtimist muul viisil kontrollisid koos või eraldi RHS § 5 lg 2 p-des 1-3 nimetatud hankijad või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud ja (ii) mis oli asutatud eesmärgiga täita põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei olnud tööstuslikku ega ärilist iseloomu.⁴

⁴ vt. Ajavahemikul 01.09.2017-14.07.2020 kehtinud RHS-i redaktsiooni. 15.07.2020 jõustunud muudatuse kohaselt on RHS § 5 lg 2 p 5 alusel (avaliku sektori) hankijaks: eraõiguslik juriidiline isik, mis on asutatud eesmärgiga täita põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu ja mida põhiliselt rahastavad või mille juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või mille juhtimist muul viisil kontrollivad koos või eraldi lg 2 p-des 1-4 nimetatud hankijad või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi hankijad või teised käesolevas punktis nimetatud tunnustele vastavad eraõiguslikud juriidilised isikud [RT I, 08.07.2020, 2]. Nimetatud seadusemuudatusega parandatud viiteviga ei mõjuta käesoleval juhul kontrollitava Hankija suhtes kohalduvat õigust ja kontrolliaktis tehtavaid järeldusi (RHS § 5 lg 2 p-s 5 sisaldunud viitevea kohta täpsemalt vt. Riigihangete seaduse ja kunstiteoste tellimise seaduse muutmise seaduse eelnõu [177 SE I] seletuskiri, lk 5; samuti VAKO 17.10.2019, nr 161-19/212069, p-d 8-17).

Seega kvalifitseerus RHS § 5 lg 2 p-s 5 toodud kumulatiivsetele tunnustele vastav eraõiguslik juriidiline isik, sh. äriühinguna aktsiaselts (TsÜS § 25 lg 1, ÄS § 2 lg 1, § 221 lg 1), avaliku sektori hankijaks RHS § 5 lg 2 tähenduses.

RHS § 5 lg 3 p-de 1-3 kohaselt on tegutsemisel võrgustikusektoris, s.o RHS §-des 146-152 nimetatud valdkondades (vt. RHS § 4 p 18), võrgustikusektori hankijaks: 1) avaliku sektori hankija; 2) isik, kellele on õigusakti, haldusakti või halduslepinguga antud eri- või ainuõigus tegutseda võrgustikusektoris, mille tulemusel on selles valdkonnas tegutsemine teistel isikutel oluliselt piiratud; 3) äriühing, mille osa- või aktsiakapitalist rohkem kui poolt omavad või mille aktsiate või osadega esindatud häältel rohkem kui poolt valitsevad või mille juhatuse või nõukogu liikmetest rohkem kui poole määravad otseselt või kaudselt avaliku sektori hankijad või avaliku sektori hankijad koos mõne muu Euroopa Liidu liikmesriigi asjaomaste isikutega.

RHS § 150 sätestab, et sadamate või lennuväljadega seotud valdkondades tegutsemine käesoleva seaduse tähenduses on geograafilise ala eksploateerimine lennuvälja- või sadamateenuste osutamiseks õhu- või veetranspordiettevõtjatele.

Seega on võrgustikusektori hankija legaaldefinitsioonist tulenevaks esimeseks kumulatiivseks eelduseks (i) võrgustikusektoris tegutsemine ja teiseks eelduseks (ii) kuulumine ühte RHS § 5 lg 3 p-des 1-3 nimetatud isikute rühma. Võrgustikusektoris tegutsemise tuvastamiseks ei ole seejuures oluline, et võrgustikuvaldkonda kuuluks just konkreetne riigihange, vaid piisab, kui riigihanke eesmärk on seotud võrgustikuvaldkonnas tegutsemisega (vt. M. A. Simovart, N. Parrest. RHS § 5 komm. 21 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019).

Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt on võrgustikusektori hankija kohustatud riigihanke-reeglistikust juhinduma nende hankelepingute sõlmimisel, mis puudutavad tegevusi, millega see hankija ühes või mitmes võrgustikusektoris tegeleb (vt. EKO 10.04.2008, C-393/06, Ing. Aigner, p 33). Seetõttu oli näiteks Riigikohtu hinnangul tegu (võrgustikusektori) riigihankega Eesti Energia AS-i poolt sõidukite haldamise teenuse tellimisel, kui teenus oli mõeldud kasutamiseks peamiselt püsivõrgu käitamiseks eesmärgiga pakkuda avalikkusele elektrienergia tootmise, ülekande või jaotamisega seotud teenust või elektrienergia tarnimiseks sellistesse võrkudesse (vt. RKHKo 28.10.2013, nr 3-3-1-43-13, p 14).

Menetlusreeglite kohaldamine hankelepingu sõlmimisel sõltub lepingu eeldatavast maksumusest ja hankija liigist. Vastav reeglistik on sätestatud RHS §-s 15 jj.

RHS § 15 lg 1 kohaselt avaliku sektori hankija (s.o RHS § 5 lg-s 2 nimetatud hankija) peab kohaldama hankelepingu sõlmimisel RHS-i 3. ptk 1. jaos sätestatud (lihthankemenetluse) korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne (avaliku sektori hankija) lihthanke piirmääraga või ületab seda (avaliku sektori hankija lihthanke piirmäär on RHS § 14 lg 1 p-de 1-2 järgi asjadel või teenustel 30 000 eurot ja ehitustöödel 60 000 eurot), kuid on väiksem kui riigihanke piirmäär. RHS § 15 lg 2 sätestab, et avaliku sektori hankija kohaldab hankelepingu sõlmimisel RHS-i 2. ptk-is sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.

RHS § 15 lg 8 kohaselt võrgustikusektori hankija (s.o RHS § 5 lg 3 p-des 2-3 nimetatud hankija) peab kohaldama hankelepingu sõlmimisel RHS-i 3. ptk 1. jaos sätestatud (lihthankemenetluse) korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne (võrgustikusektori hankija) lihthanke piirmääraga või ületab seda (võrgustikusektori hankija lihthanke piirmäär on RHS § 14 lg 1 p-de 2-3 järgi asjadel või teenustel 60 000 eurot ja ehitustöödel 300 000 eurot), kuid on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär, ning hankelepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris või kui hankelepingu peamist eesmärki ei ole võimalik kindlaks määrata. RHS § 15 lg 9 sätestab, et võrgustikusektori hankija kohaldab hankelepingu sõlmimisel RHS-i 5. ptk-is sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda ning hankelepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris või kui hankelepingu peamist eesmärki ei ole võimalik kindlaks määrata.

RHS § 15 lg-st 7 tuleneb, et RHS § 5 lg-s 2 nimetatud hankija võib kohaldada hankelepingu sõlmimisel RHS-i 2. ptk-is sätestatud korra asemel RHS-i 5. ptk-is sätestatud korda, kui hankelepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris ja hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda (võrgustikusektoris tegutsemisel on avaliku sektori hankija, kes ei vasta RHS § 5 lg 3 p-s 2 või p-s 3 sätestatud tunnustele, võrgustikusektori hankijaks RHS § 5 lg 3 p 1 järgi).

Riigikohus on osundanud, et RHS-i tõlgendamisel võib olla asjakohane arvestada hanke-direktiivide regulatsiooniga isegi siis, kui hankelepingu eeldatav maksumus ei ületa riigihangete rahvusvahelist piirmäära ning sellest johtuvalt ei kuulu riigihangete direktiivide reguleerimis-
alasse (vt. RKHKo 16.11.2011, nr 3-3-1-65-11, p 35).

Asjaolu, et riigihankedirektiivi järgmine ei ole allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate riigihangete korral (piiriülese mõju puudumisel) kohustuslik, ei takista direktiivi arvestamist direktiivil põhinevate RHS-i asjaomaste sätete tõlgendamisel (vt. RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 14). Euroopa Liidu esmases õiguses sisalduvast liikmesriikide lojaalsuse põhimõttest juhindudes, samuti arvestades EL-i õiguse ülimuslikkuse põhimõttega (vt. EKo 15.07.1964, C-6/64, Costa vs. ENEL), kehtib EL-i ja siseriikliku õiguse vahekorras ka kooskõlalise tõlgendamise nõue (vt. RKPJKm 26.06.2008, nr 3-4-1-5-08, p-d 31-32).

Hankija legaaldefiniitsiooni sätestav RHS § 5 põhineb Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2014/23/EL (kontsessioonidirektiiv) art-1 6 ja art 7 lg-tel 1 ja 4, 2014/24/EL (klassikaline direktiiv) art 2 lg 1 p-del 1-4, 2014/25/EL (võrgustikudirektiiv) art-1 3 ja art 4 lg-tel 1-3 (vt. Riigihangete seadus. Eelnõu. 450 SE I. Seletuskiri. Lisa 1 "Euroopa Liidu õigusallikate ja Eesti seaduse eelnõu võrdlustabel"; vt. ka M. A. Simovart, N. Parrest. RHS § 5 komm. 1 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019).

Võrreldes seni kehtinud õigusega ei ole hankija määratlust 2014. aastal vastu võetud hanke-direktiividega soovitud muuta (vt. nt direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 10: "Selleks et selgitada, et käesoleva direktiivi isikuline kohaldamisala (*ratione personae*) peaks jääma muutumatuks, on asjakohane järgida määratlust, millest lähtus kohus, ja lisada teatavad kõnealuselt kohtupraktikast tulenevad täpsustused, mis on olulised selle mõiste mõistmiseks, kavatsuseta muuta kohtupraktikas täpsustatud mõiste mõistmist"). Seega on jätkuvalt asja-kohane kohtupraktika, milles on hankija mõistet sisustatud enne 2014. aastat kehtinud riigihanke-direktiivide valguses.

Euroopa Kohus on selgitanud, olukorras, kus isik vastab samaaegselt hankija definitiivsetele tunnustele nii võrgustikudirektiivi kui ka klassikalise direktiivi mõistes, sõltub kohaldatavate menetlusreeglite valik sõlmitava hankelepingu peamisest eesmärgist: "Hangete puhul, mida korraldab direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses avalik-õiguslik isik ja mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes direktiivi 2004/17 artiklis 3-7 nimetatud sektoreist, tuleb kohaldada selles direktiivis ette nähtud menetlusi. Kõik ülejäänud hanked, mida see organisatsioon korraldab seoses muude tegevustega, kuuluvad direktiivis 2004/18 ette nähtud menetluste kohaldamisalasse" (vt. EKo 10.04.2008, C-393/06, Ing. Aigner, p 59).

Sarnaselt on avaliku sektori hankija ja võrgustikusektori hankija reeglistiku omavahelise konkurentsi küsimuse lahendanud siseriiklikud kohtud. Kui isik vastab RHS § 5 lg-s 3 (p-s 2 või p-s 3) sätestatud võrgustikuhankija tunnustele ja sõlmib hankelepingu seoses tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb selle isiku suhtes kohaldada võrgustikudirektiivi ning siseriiklikus õiguses lähtuda RHS § 5 lg-s 3 (p-s 2 või p-s 3) sätestatud hankija määratlusest.

Riigikohtu halduskolleegium on möönnud, et hankijaks määratlemine on keerukas õiguslik küsimus (RKHKm 15.11.2010, nr 3-3-1-57-10, p 20). Hilisemas kohtupraktikas on siiski selgitatud, et üksnes juhul, kui selgub, et vaidlusalune leping ei kuulu võrgustikudirektiivi kohaldamisalasse (lepingut ei sõlmita võrgustikudirektiivis sätestatud tegevuste teostamiseks), tuleb täiendavalt analüüsida, kas tegemist võib olla avaliku sektori hankijaga (RHS § 5 lg 2),

kes peab lepingu sõlmimisel järgima klassikalise hankedirektiivi reeglistikku (vt. RKHKO 05.11.2012, nr 3-3-1-39-12, p 26). Riigikohus on seega seisukohal, et küsimus sellest, kas võrgustikusektori hankija (RHS § 5 lg 3 p 2 või p 3) tunnustele vastav isik vastab samaaegselt ka avaliku sektori hankija definitsioonile, aktualiseerub vaid siis, kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud võrgustikuvaldkonnas tegutsemisega (vt. RKHKO 28.10.2013, nr 3-3-1-43-13, p-d 14-16).

Eelöeldust on Tallinna Ringkonnakohus järeldanud, et kui hankija vastab nii avaliku sektori hankija kui ka võrgustikuhankija (spetsiifilistele) tunnustele, siis käsitletakse teda võrgustikega seotud eesmärgil toimivas (riigi)hankemenetluses üksnes võrgustikusektori hankijana (vt. TlnRKO 17.01.2014, nr 3-13-2218, p 11).

Rahandusministeerium, nõustudes eestikeelses erialakirjanduses (vt. Minumets, D.; Kulm, P. Riigihangete õigus. 2014, lk-d 133-135) toodud käsitlusega, asus 29.11.2017 kontrolliaktis nr 12.2-4/9 (Kuressaare Soojus AS) seisukohale, et olukorras, kus isik vastab üheaegselt nii võrgustikusektori hankija kui avaliku sektori hankija tunnustele, sõltub relevantne menetluskord sellest, kas hankeeseme peamine eesmärk on seotud hankija tegutsemisega võrgustikusektoris: (i) kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk on seotud avaliku sektori hankija ja kitsas tähenduses võrgustikusektori hankija, s.o kehtivas õiguses RHS § 5 lg 3 p-s 2 või p-s 3 sätestatud spetsiifilistele tunnustele vastava hankija, tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb hankelepingu sõlmimisel lähtuda võrgustikuhankija piirmääradest ja reeglitest; (ii) kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud samaaegselt avaliku sektori hankija ja võrgustikusektori hankija (spetsiifilistele) tunnustele vastava hankija tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb hankelepingu sõlmimisel lähtuda avaliku sektori hankija piirmääradest ning reeglitest. Seega isikule, kes vastab samaaegselt RHS § 5 lg 2 ja RHS § 5 lg 3 (p 2 või p 3) tunnustele, RHS § 15 lg 7 menetlusreeglite valikul ei kohaldu, kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk on seotud tegutsemisega võrgustikusektoris (vt. *mutatis mutandis* RaM 29.11.2017 kontrolliakt nr 12.2-4/9 (Kuressaare Soojus AS), p 2.1). Samasugust seisukohta on Rahandusministeerium väljendanud ka 07.02.2018 kontrolliaktis nr 12.2-4/19 (Elering AS) ning viimati 05.02.2020 kontrolliaktis nr 12.2-4/4 (Tallinna Lennujaam AS).

2011. aastal asus riigihangete vaidlustuskomisjon seisukohale, et AS Tallinna Sadam on hankija RHS v.r § 10 lg 3 p 2 alusel, sest: (i) AS Tallinna Sadama aktsiakapitalist rohkem kui poolt omavad avaliku sektori hankijad (RHS v.r § 10 lg-s 1 nimetatud isikud), s.o käesoleval juhul 100% Eesti Vabariik; (ii) AS Tallinna Sadam tegutseb RHS §-s 89 nimetatud valdkonnas, ekspuaterides geograafilist ala sadamateenuse osutamiseks veetranspordiettevõtjatele. Samas lahendis märkis vaidlustuskomisjon, et (võrgustiku) hankija staatuse määratlemiseks RHS v.r § 10 lg 3 p 2 alusel ei ole oluline, kas geograafilise ala ekspuateerimine sadamateenuse osutamiseks on suunatud avaliku teenuse osutamisele või mitte, samuti ei oma tähtsust, kas AS Tallinna Sadam vastab ka mõnele muule RHS v.r §-s 10 nimetatud hankija tunnusele (vt. VAKO 25.05.2011, nr 87-11/-, p 9). RHS v.r § 10 lg 3 p 2 sõnastus on identne RHS § 5 lg 3 p 3 sõnastusega.

2012. aastal on Riigikohus leidnud, et AS Tallinna Sadam võrgustikusektori hankija spetsiifilistele tunnustele vastav hankija RHS v.r § 10 lg 3 ja § 89 tähenduses ning küsimus sellest, kas AS Tallinna Sadam võib olla avaliku sektori hankijaks RHS v.r § 10 lg 1 p 6 ja § 10 lg 2 mõttes, tõusetub üksnes siis, kui selgub, et vaidlusalune leping hõlmab asja ostmist või ehitustööd klassikalise hankedirektiivi mõttes – s.t kui hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud AS Tallinna Sadam tegutsemisega võrgustikusektoris (vt. RKHKO 05.11.2012, nr 3-3-1-39-12, p 26). RHS v.r § 10 lg-le 3 vastavad kehtivas õiguses RHS § 5 lg 3 p-d 2-3 ning võrgustikusektori riigihangete esemelist kohaldamisala sätestavale RHS v.r §-le 89 (tegutsemine sadamate või lennuväljadega seotud valdkondades) vastab RHS § 150.

AS Tallinna Sadam on määratlenud ennast eRHR-is võrgustikusektori hankijaks. AS Tallinna Sadam juhatuse esimehe 09.01.2018 käskkirjaga nr 4 kinnitatud hankekorra punkti 1.3 kohaselt:

"Tallinna Sadam on RHS § 5 lg 3 p 3 mõistes sadamatega seotud valdkonnas tegutsev hankija, kui asjade ostmine, teenuste tellimine, ideekonkursside korraldamine, ehitustööde tellimine või ehitustööde ning teenuste kontsessioonide andmine on seotud geograafilise ala ekspluateerimisega sadamateenuste osutamiseks veetranspordiettevõtjatele."

AS Tallinna Sadam on äriühing (ÄS § 2 lg 1, § 221 lg 1), mille aktsiakapitalist rohkem kui poolt (67,03%) omab Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi kaudu otseselt Eesti Vabariik kui RHS § 5 lg 2 p-s 1 nimetatud avaliku sektori hankija (vt. ka AS-i Tallinna Sadam 2018. majandusaasta aruanne, lk 52).

Samuti valitseb Eesti Vabariik AS-i Tallinna Sadam aktsiatega esindatud häältest rohkem kui poolt ning sellest tulenevalt määrab AS-i Tallinna Sadam juhatuse ja nõukogu liikmetest rohkem kui poole.

Seega tegutsemisel RHS §-s 150 sätestatud (sadamatega seotud) valdkonnas on AS Tallinna Sadam võrgustikusektori hankijaks RHS § 5 lg 3 p 3 tähenduses.

AS-i Tallinna Sadam põhikirja punkti 2 kohaselt on aktsiaseltsi põhitegevusalaks sadamate tööga seotud tegevused (EMTAK 52221) (vt. alates 30.04.2018 kehtivat põhikirja, sama oli sätestatud 08.11.2017-29.04.2018 kehtinud põhikirjas).

2018. majandusaasta aruandest nähtuvalt oli AS-i Tallinna Sadam põhitegevusalaks sadamate töö ja veeteede kasutamise seotud tegevused (EMTAK kood 52221 93,57% müügitulust). Lisaks tegeles AS-i Tallinna Sadam elektrienergia jaotusega (EMTAK kood 35131 4,13% müügitulust) ja elektrienergia müügiga (EMTAK kood 35141 2,29% müügitulust).

Konkurentsiameti veebilehelt nähtub, et AS Tallinna Sadam omab tegevusluba elektrimüügiks ning osutab jaotusvõrgu kaudu võrguteenust Harju maakonnas järgmistel maa-aladel: Paldiski Lõunasadama piirkonnas; Tallinna Vanasadama piirkonnas; Muuga sadama piirkonnas; Tallinna Paljasaare sadama piirkonnas (vt. Konkurentsiameti 25.11.2004 otsus nr 198-TL/EITS).

RHS § 147 kohaselt on veel üheks võrgustikusektoriga seotud tegevuseks tegutsemine elektrienergiaga seotud valdkondades, s.o püsivõrgu käitamine eesmärgiga pakkuda avalikkusele elektrienergia tootmise, ülekande või jaotamisega seotud teenust või elektrienergia tarnimine sellistesse võrkudesse.

Kontrollvisiidi käigus Hankija esindaja selgitas, et 13.12.2017 ühendas AS Tallinna Sadama endaga tütarettevõtja TS Energia OÜ, registrikood 11086973, saades nimetatud äriühingu õigusjärglaseks ning tegutsedes sellest hetkest alates sadama maa-alal sadamateenusena elektrienergia jaotuse ja müügiga. Kuna elektrienergiat müüakse ja jaotatakse mitte avalikkusele, vaid sadama maa-alal tegutsevatele veetranspordiettevõtjatele, on Hankija käsitlenud sadama maa-alal sadama klientidele toimuvat elektrienergia jaotamist ning müüki RHS § 150 kohase tegevusena, s.o geograafilise ala ekspluateerimisena sadamateenuste osutamiseks veetranspordiettevõtjatele. Seega on sadama-alal elektrienergia jaotus ja müük ning sellega seotud asjade ostmine, teenuste ja ehitustööde tellimine käsitletav Hankija arvates tegutsemisena sadamatega seotud valdkondades.

Selline käsitlus on kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga, mille järgi võrgustikudirektiivi (2014/25/EL) esemelist kohaldamisala ei saa tõlgendada kitsamalt kui klassikalise hankedirektiivi (2004/17/EL) kohaldamisala, mistõttu võrgustikudirektiivi kohaldamisala ei tohiks piirata üksnes tegevustega sadamateenuste kui selliste osutamiseks, vaid see peaks hõlmama ka sadamateenuste osutamise seotud tegevust (vrd. *mutatis mutandis* EKo 28.10.2020, C-521/18, Pegaso ja Sistemi di Sicurezza, p 39: "[E]i saa direktiivi 2014/25 esemelist kohaldamisala tõlgendada kitsamalt kui direktiivi 2004/17 kohaldamisala ning seega ei saa seda piirata üksnes tegevustega postiteenuste kui selliste osutamiseks, vaid see hõlmab ka nende teenuste osutamise seotud tegevust").

Hankija selgituste kohaselt puudusid tal 2018. aastal tegevused ja soetused, mis ei olnud seotud RHS §-des 146-152 nimetatud valdkondades tegutsemisega.

Kuna järelevalvemenetluse käigus ei ole ilmnunud, et Hankija oleks kontrolliperioodil sõlminud hankelepinguid, mille peamine eesmärk ei olnuks seotud RHS §-des 146-152 nimetatud võrgustikuvaldkondades tegutsemisega, puudub Rahandusministeeriumil vajadus täiendavalt analüüsida, kas AS Tallinna Sadam vastas 2018. aastal lisaks RHS § 5 lg 3 p-le 3 samaaegselt ka RHS § 5 lg 2 p-s 5 sätestatud avaliku sektori hankija tunnustusele.

Kuivõrd on tuvastatud ja AS Tallinna Sadam on sellega nõustunud, et AS Tallinna Sadam oli kõigi 2018. aastal riigihanke sisulistele (esemelistele) tunnustele vastavate tehingute tegemisel käsitletav võrgustikusektori hankijana RHS § 5 lg 3 p 3 tähenduses, puudub vajadus eraldi hinnata seda, kas AS Tallinna Sadam oli või on samaaegselt võrgustikusektori hankijaks RHS § 5 lg 3 p 2 järgi.

2.2. Hankekord ja hankeplaan

RHS § 9 lg 2 kohaselt võrgustikusektori hankija peab kehtestama organisatsioonisisese hankekorra, kui tema ühes eelarveaastas planeeritavate riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 500 000 eurot.

RHS § 9 lg 6 kohaselt on hankekord ja hankeplaan avalikud ning RHS § 9 lg-tes 7-8 on sätestatud, et hankija avaldab nii hankekorra kui ka iga-aastase hankeplaani oma veebilehel viivitamata pärast selle kinnitamist.

RHS § 9 lg 4 kohaselt tuleb hankekorrast sätestada järgmine teave: 1) riigihanke planeerimise, sealhulgas iga-aastase hankeplaani koostamise ja kinnitamise kord ning tähtpäev; 2) riigihanke eest vastutava isiku määramine, sh. hankelepingu täitmise eest vastutava isiku määramine; 3) alla lihthanke piirmäära jäävate asjade ostmise ning teenuste ja ehitustööde tellimise kord; 4) vajaduse korral sotsiaal- ja eriteenuste, sh. maksumusega alla sotsiaal- ja eriteenuste riigi-hanke piirmäära, tellimise kord, v.a kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas; 5) vajaduse korral kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas lihtsustatud korras tellitavate teenuste, sh. maksumusega alla kaitse- ja julgeolekuvaldkonna lihtsustatud korras tellitavate teenuste piirmäära, tellimise kord; 6) meetmed huvide konflikti ennetamiseks, tuvastamiseks ja kõrvaldamiseks riigihankel, kui need meetmed ei ole kindlaks määratud muus organisatsioonisiseses töökorraldust käsitlevas dokumendis.

Hankija poolt 2018. aastal planeeritud riigihangete eeldatav kogumaksumus ületas 500 000 eurot. Seega pidi Hankija 2018. aastal järgima RHS §-s 9 hankekorrade ja -plaanide sätestatud nõudeid.

2018. aastal kehtinud hankekord (edaspidi ka: Hankekord) oli kinnitatud AS Tallinna Sadam juhatuse esimehe 09.01.2018 käskkirjaga nr 4. Enne seda kehtis juhatuse esimehe 16.11.2017 käskkirjaga nr 89 kinnitatud hankekord, mis oli kooskõlastatud Rahandusministeeriumiga (vt. AS Tallinna Sadam 13.09.2017 kiri nr 6-7/17-1481/5026; RM 11.10.2017 e-kiri).

Rahandusministeerium tuvastas, et kehtiv hankekord ja -plaanid on Hankija veebilehel kõigile vabalt kättesaadavalt avaldatud (vt. <https://www.ts.ee/hankeplaanid-hankekord/>). Hankija kinnituse kohaselt olid Hankekord ja -plaanid avaldatud veebilehel ka 2018. aastal. Rahandusministeeriumil puudub alus kahtlemaks Hankija väidete tegelikkusele vastavuses.

Hankekorrast tulenevalt koostatakse hankeplaanid struktuuriüksuste kaupa eraldi. Hankekorra p 3.2 kohaselt korraldab divisjoni juht oma struktuuriüksuse hankeplaani koostamise pärast Hankija aastaelarve kinnitamist. Divisjoni juht kinnitab oma üksuse hankeplaani dokumendihaldussüsteemis ning korraldab turundusosakonna kaudu hankeplaani avalikustamise Hankija veebilehel 3 nädala jooksul peale AS Tallinna Sadam aastaelarve kinnitamist. Hankekorra 3.1 kohaselt kohaldatakse juhatuse esimehele otse alluva osakonna (juhataja) suhtes Hankekorrast divisjoni (juhi) kohta sätestatud.

Järelevalvemenetluses esitatud andmetest nähtuvalt kinnitas AS Tallinna Sadam nõukogu 2018. aasta eelarve 11.12.2017. Seega vastavalt Hankekorra p-le 3.2 pidid kõikide struktuuriüksuste hankeplaanid olema koostatud, kinnitatud ja veebilehel avalikustatud hiljemalt 02.01.2018.

Hankija poolt kontrollvisiidi käigus avaldatud andmete kohaselt olid AS Tallinna Sadam struktuuriüksuste hankeplaanid kinnitatud ja veebilehel avaldatud mõningase hilinemisega:

(i) Infrastruktuuri arenduse divisjoni hankeplaani – 15.01.2018; (ii) Finantsdivisjoni hankeplaani – 20.01.2018; (iii) Infrastruktuuri halduse divisjoni hankeplaani – 31.01.2018; (iv) Infosüsteemide osakonna hankeplaani – 31.01.2018; (v) Turundusosakonna hankeplaani – 12.02.2018; (vi) Kommertsdivisjoni hankeplaani – 20.04.2018.

Veebilehel avalikustatava hankeplaani kohustuslikud andmed on sätestatud Hankekorra p-des 3.3.1-3.3.5, vastavalt p-s 11 toodud tüüpvormile.

Nõnda pidi iga struktuuriüksuse hankeplaani sisaldama järgmisi andmeid: (a) Riigihanke nimetus; (b) Riigihanke eseme kirjeldus; (c) Riigihanke eeldatav läbiviimise aeg (kuu või kvartal); (d) Riigihanke menetluse liik; (e) Riigihanke alusdokumentide avaldamise koht.

Rahandusministeeriumile kontrollimiseks esitatud hankeplaanidest ei vastanud tüüpvormile turundusosakonna hankeplaani, milles ei olnud märgitud Hankekorra p 3.3.1 järgi nõutud riigihanke nimetusi.

Samuti juhiti kontrollvisiidi käigus Hankija tähelepanu asjaolule, et hankeplaanid võivad olla eksitavad osas, milles avaldamata hankelepingu eeldatavat maksumust on riigihanke menetluse liigiks märgitud "lihthange", riigihanke alusdokumentide avaldamise kohaks aga "seltsi veebileht" või "veebileht www.ts.ee".

Nimelt sätestab RHS § 125 lg 1, et lihthange algab hanketeate avaldamisega riigihangete registris, ja RHS § 45 lg 1 kohaselt peab ka lihthanke alusdokumentide kättesaadavaks tegemine toimuma elektrooniliselt. Nõuded elektroonilise teabevahetuse seadmele on kehtestatud riigihalduse ministri 09.08.2017 määrusega nr 61.

Rahandusministeeriumi hinnangul põhjustab arusaamatusi ja segadust Hankekorra sõnakasutus, mis ei ühti RHS-i terminoloogiaga. Hankekorras kasutatakse terminit "lihthange" kahes erinevas tähenduses: (i) "Lihthange, mis avaldatakse ainult Hankija veebilehel" (asjad-teenused maksumusega 10 000-59 999 eurot ning ehitustööd maksumusega 20 000-299 999 eurot); (ii) "Lihthange, mis avaldatakse eRHR-is" (riigihanked alates võrgustikusektori hankija lihthanke piirmäärast ja mille maksumus jääb alla võrgustikusektori hankija asjaomase rahvusvahelise piirmäära).

RHS-i tähenduses on lihthankena käsitletavat üksnes viimased. Kuna hankeplaanis ei ole hankelepingu eeldatavat maksumust märgitud (Hankekord ei näe seda ka ette), võivad riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtjad, lähtudes RHS-i terminoloogiast, teha valesid järeldusi kavandatud menetlusliigi ja riigihanke eeldatava maksumuse kohta. Seepärast soovib Rahandusministeerium Hankijal vältida Hankekorras ja hankeplaanis RHS-iga mittekõlalisel terminoloogia kasutamist.

Tähistamiseks riigihankes, mille maksumus lihthanke piirmäärani ei küündi ning mille korral lihthankemenetluse läbiviimise kohustus hankijal puudub, saab RHS-i terminoloogiaga kooskõllaliselt kasutada terminit "alla lihthanke piirmäära jäävad riigihanked" (vt. RHS § 9 lg 4 p 3), või väikehanked nagu on kasutatud eRHR-is.

Riigihangete ettevalmistamisel ning läbiviimisel on olulised korrektne termini- ja sõnakasutus. Riigihanke läbiviimiseks koostatavate dokumentide korrektsuse eest vastutab üldjuhul alati hankija (vrd. RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 39). Täpselt kindlaksmääratud ja üheselt arusaadavalt sõnastatud dokumentidel on oluline roll riigihanke korraldamise üldpõhimõtete (RHS § 3) tagamisel (vrd. RKHKo 10.05.2007, nr 3-3-1-100-06, p 14). Kui hankija koostatud dokumendid on sõnastatud selgelt, annab see kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogenud ja mõistlikult hoolsatele ettevõtjatele objektiivse võimaluse luua endale konkreetne ettekujutus hankelepingu esimest (vrd. EKo 22.04.2010, C-423/07, Euroopa Komisjon vs. Hispaania Kuningriik, p 58). Kuigi eeltoodud seisukohad on relevantset ennekoike hanketeate ja teiste riigihanke alusdokumentide suhtes, saab neid laiendada ka teistele hankija poolt koostatavatele dokumentidele, sh. hankekorrale ja –plaani. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevalt ei tohiks Hankija sõnakasutus olla ettevõtjaid eksitav, mistõttu üldjuhul peaks Hankija hankekorras, hankeplaanis ja hanke alusdokumentides vältima RHS-iga vastuolus olevat sõnakasutust.

Veel ühe tähelepanekuna juhtis Rahandusministeeriumi järelevalveametnik kontrollvisiidi käigus Hankija esindaja tähelepanu RHS § 9 lg 4 p-s 2 sätestatud nõudele, mille kohaselt hankelepingu täitmise eest vastutava isiku määramine peab olema sätestatud hankekorras.

Erinevalt RHS § 9 lg 4 p-st 6 ("kui need meetmed ei ole kindlaks määratud muus organisatsioonisisises töökorraldust käsitlevas dokumendis") ei tee RHS § 9 lg 4 p 2 selles küsimuses mööndusi, mistõttu rangelt võttes ei ole korrektne Hankekorra p-s 9.2 tehtud edasiviide AS Tallinna Sadam tehingute tegemise korrale. Rahandusministeerium teeb ettepaneku täpsustada Hankekorda selliselt, et hankelepingu täitmise eest vastutava isiku määramise kord (alused, menetlus ja korraldus) oleksid sätestatud hankekorras, mitte muus dokumendis.

Lisaks soovitame Hankijal kaaluda võimalust kajastada hankeplaanis kavandatavate riigihangete eeldatavaid maksumusi. Kuigi hankeplaani olemasolu ei võta hankijalt õigust vajadusel ka hankeplaani väliseid riigihankeid korraldada, hankeplaanis kajastatud informatiivne teave eraldi seisvalt ei saa rikkuda ühegi riigihanke osalemisest huvitatud ettevõtja subjektiivseid õigusi (vt. TlnHKo 17.05.2018, nr 3-18-650, p 20) ning seega ei ole hankeplaani hankijale siduv dokument, mille alusel võiks hankemenetluses huvitatud isikul tekkida subjektiivne õigus hanke välja kuulutamisele või hankelepingu sõlmimisele (vt. TlnHKo 25.11.2013, nr 3-13-1752, p 9), võib hankeplaani siiski olla üks tõend, milles märgitud eeldatavale maksumusele on võimalik nii ettevõtjal kui ka hankijal endal tugineda vaidlustus- või kohtumenetluses (vt. K. Härginen. RHS § 9 komm. 46 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019; vt. nt. VAKO 05.06.2019 nr 68-19/208181, p 9; vt. hankeplaani tõendiväärtuse kohta ka TlnHKo 27.12.2012, nr 3-12-2350, p-d 10-11).

Arvestades, et hankeplaani eesmärk on tagada riigihanke läbipaistvuse üldpõhimõtte rakendamist ja anda ettevõtjaskonnale varakult teavet eelarvesaasta jooksul hankimisele tulevatest riigihankeobjektidest (vt. K. Härginen. RHS § 9 komm. 46 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019), saab hankelepingu eeldatava maksumuse avalikustamist koos hankeplaani lugeda heaks hankepraktikaks, mis tagab riigihanke läbipaistvuse ning kõigi riigihanke menetlusest osalemisest huvitatud isikute võrdse kohtlemise, vähendades ühtlasi võimalikke korruptsiooniriske. Riigihankest huvitatud ettevõtjatele huvipakkuvat informatsiooni avalikustamine elimineerib siseinfo väärkasutamise ning mõne ettevõtja eelistamise riski.

Lisaks soovitame Hankijal teadvustada võimalust korraldada ka alla lihthanke piirmäära jäävad riigihanked (nn väikehanked) eRHR-is ning näha vastav kohustus ette asutusesiseses hankekorras. Hankijad ei ole RHS-ist tulenevalt kohustatud alla lihthanke piirmäära jäävaid riigihankeid eRHR-is läbi viima, kuid eRHR sellise võimaluse hankijatele annab ning väikehangete läbiviimine eRHR-is võimaldab hankijatel suurendada riigihangete läbipaistvust, kontrollitavust ja avatust konkurentsile.

Ühes eeltoodud tähelepanekute, ettepanekute ja soovitustega peab Rahandusministeerium vajalikuks tunnustada Hankijat ning tõsta esile Hankekorras kehtestatud häid hankepraktikaid. Näiteks on Hankija rõhutanud Hankekorra p-s 1.6.4, et hankelepingu eeldatava maksumuse määramisel ei piirdata ainult konkreetse struktuuriüksuse hangetega, vaid võetakse arvesse kõigi struktuuriüksuste sama hankeeseme hankelepingute eeldatavat kogumaksumust. Samuti on Hankekorras ette nähtud detailne regulatsioon hankelepingu muutmise organisatsioonisisesele menetlusele ja korraldusele: enne hankelepingu muutmises kokku leppimist peab hankelepingu täitmise eest vastutav isik koostama hankelepingu muutmise taotluse ja esitama selle kooskõlastamiseks hankejuhile, kes kontrollib enne taotluse kooskõlastamist, kas hankelepingu muutmist tingivad asjaolud on põhjendatud ja vastavad RHS-i nõuetele (vt. Hankekord, p-d 8.4-8.5).

Kokkuvõtvalt saab Rahandusministeerium käesolevas kontrolliaktis järeldada, et 2018. aastal Hankija juures kehtinud Hankekord oma põhielementides oli kooskõlas ja vastas RHS §-s 9 sätestatule.

2.3. Hilinemine riigihanke menetluse või hankelepingu lõppemisest teavitamisel

RHS § 83 lg 1 kohaselt peab hankija esitama eRHR-ile 30 päeva jooksul pärast hankemenetluse lõppemist hankelepingu sõlmimise teate, või kui hankemenetlus on lõppenud RHS § 73 lg 3 p-de 2-7 alusel, märkima eRHR-is peamised hankemenetluse lõppemisega seotud asjaolud.

Kui hankija ei ole väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust eRHR-is alustanud (RHS § 72 lg 3), esitab ta hankelepingu sõlmimise teate üksnes juhul, kui väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus on lõppenud hankelepingu või raamlepingu sõlmimisega.

RHS § 83 lg 4 sätestab, et kui hankija on jaganud riigihanke ühe menetluse raames osadeks, esitab ta hankelepingu sõlmimise teate 30 päeva jooksul pärast esimese hanke- või raamlepingu sõlmimist, kui selleks ajaks ei ole kõigi osade suhtes esinenud mõni RHS § 73 lg-s 3 sätestatud hankemenetluse lõppemise alustest. Ülejäänud osade kohta esitab hankija eraldi hankelepingu sõlmimise teate 30 päeva jooksul pärast iga osa suhtes hankelepingu või raamlepingu sõlmimist.

RHS § 83 lg 7 kohaselt peab hankija esitama 30 päeva jooksul pärast hankelepingu lõppemist registrile järgmise teabe:

1) hankelepingu tegelik maksumus; 2) hankelepingus tehtud muudatused, mille kohta hankelepingu muutmise teadet ei esitatud; 3) ettevõtjapoolsed hankelepingu rikkumised, mille tulemusena on kohaldatud RHS § 95 lg 4 p-s 8 nimetatud õiguskaitsevahendit, ning teave selle kohta, kas hankija nõue on vaidlustatud.

Ka lihthankemenetluse, sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse, kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse ning sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse lõppemisest peab hankija teatama RHS §-s 83 sätestatud korras (vt. RHS § 125 lg 10, § 126 lg 11, § 137 lg 4, § 144 lg 3).

Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse ning sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korral võib hankija koguda ja edastada hankelepingu sõlmimise teated ühe kvartali kohta kokku ning esitada need eRHR-ile ühekorraga 30 päeva jooksul alates sama kvartali lõppemisest (vt. RHS § 126 lg 11 ls-d 2-3, § 144 lg 3 ls-d 2-3).

Järelevalvemenetluses tuvastatud asjaolude kohaselt on Hankija hilinenud järgmiste (järelevalve valimisse kuulunud) riigihanke menetluste või hankelepingute lõppemisest teavitamisel:

- Avatud hankemenetluse "Ühe tarbesõiduki rentimine" (eRHR viitenumber 200728) tulemusel sõlmis Hankija hankelepingu 09.11.2018. Hankelepingu sõlmimise teade (TV06 vormil) esitati eRHR-ile avaldamiseks 02.01.2019.
- Lihthankemenetlus "Videovalve tarkvara lisalitsentsid" (eRHR viitenumber 194537) lõppes RHS § 73 lg 3 p 2 alusel kõikide pakkumuste tagasilükkamisega põhjusel, et ühtegi pakkumust ei tunnustatud riigihanke alusdokumentidele vastavaks – ainus esitatud pakkumus lükati mittevastavuse tõttu tagasi 11.02.2018. Hankija teatas lihthankemenetluse lõppemisest ja selle põhjustest eRHR-ile (TV06 vormil) 30.07.2018.
- Lihthankemenetluse "UPS seadmete hooldus" (eRHR viitenumber 195218) tulemusel sõlmis Hankija hankelepingu 27.08.2018. Hankelepingu sõlmimise teade (TV06 vormil) esitati eRHR-ile avaldamiseks 02.04.2019.
- Lihthankemenetluse "Muuga sadama puisteanete terminali juurdepääsutee ehitamine koos tööprojekti koostamisega" (eRHR viitenumber 198671) tulemusel sõlmitud hankeleping lõppes 09.11.2018. Andmed hankelepingu lõppemise kohta esitas Hankija eRHR-ile 01.01.2019.
- Lihthankemenetluse "Muuga sadama kaide ehitustehnilise seisukorra uuringute tegemine" (eRHR viitenumber 195239) tulemusel sõlmitud hankeleping lõppes 30.11.2018. Andmed hankelepingu lõppemise kohta esitas Hankija eRHR-ile 01.01.2019.
- Lihthankemenetlus "IBM Cognos PowerPlay versiooniuuendus" (eRHR viitenumber 203786) oli jaotatud kaheks osaks Osa 1 "IBM Cognos litsentsid koos toega" ja Osa 2 "Tarkvara juurutus ja hankija andmete migratsioon IBM Cognos PowerPlay versioonilt 7 versioonile 11". Mõlemas osas oli pakkumuste esitamise tähtpäevaks 27.12.2018. Osas 1 esitati üks pakkumus, Hankija sõlmis 28.12.2018 hankelepingu ning esitas 02.01.2019 eRHR-ile avaldamiseks hankelepingu sõlmimise teate (TV06 vormil). Osas 2 pakkumusi ei esitatud – selles osas lõppes lihthankemenetlus RHS § 73 lg 3 p 5 alusel pakkumuste esitamata jätmisega 27.12.2018. Hankija teatas Osas 2 lihthankemenetluse lõppemisest ja selle põhjustest eRHR-ile (TV06 vormil) 20.03.2019.

- Kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse "Tasulise parkimisteenuse korraldamine Vana-sadama alal" (eRHR viitenumber 191957) tulemusel sõlmis Hankija (tavateenuste) kontsessiooni-lepingu 02.05.2018. Kontsessiooni andmise teade (TV25 vormil) esitati eRHR-ile avaldamiseks 07.06.2018.

2.4. Hankemenetluse asemel lihthankemenetluse korraldamine, rahvusvahelise piirmääraga võrdse või seda ületava riigihanke eeldatava maksumuse kohta hanketeate esitamisel märke tegemata jätmine ja kohustusliku ooteaja mittejärgimine (sõiduautode rentimine)

RHS § 45 lg 6 kohaselt peab hankija riigihanke alustamiseks eRHR-ile teate esitamisel märkima, kas riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda või kas ta soovib teate vabatahtlikku edastamist Euroopa Liidu Väljaannete Talitusele.

Väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluse korral või muul juhul, kui hankija leiab, et riigihanke alustamiseks eRHR-ile teate esitamine ei ole RHS-i alusel nõutav, peab hankija märkima nimetatud teabe vabatahtlikus teates või hankelepingu sõlmimise teates.

Vastavalt RHS §-le 183, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda või muul juhul, kui hankija seda soovib, edastab eRHR Euroopa Liidu Väljaannete Talitusele (ELVT) riigihangete teadetes sisalduvad andmed vastavalt komisjoni rakendusmäärusele (EL) nr 842/2011, millega kehtestatakse riigihankega seotud teadete avaldamise tüüpvormid ja tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1564/2005 (ELT L 22, 27.08.2011, lk 1-187).

Seejuures on hankija ülesanne eRHR-is märkida, kas riigihanke maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda või kas ta soovib teate edastamist ELVT-le vabatahtlikult (RHS § 45 lg 6). RHS § 45 lg 6 esimese lause esimeses alternatiivis sätestatud kohustuse (hankija peab riigihanke alustamiseks eRHR-ile teate esitamisel märkima, kas riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda) eesmärgiks on tagada direktiivi 2014/23/EL art-st 31, direktiivi 2014/24/EL art-test 48-49 ja direktiivi 2014/25/EL art-test 67-69 tuleneva kohustuse täitmine – teavitada eelduslikult piiriülest huvi omavate riigihangete läbiviimise kavatsusest asjakohase teatega Euroopa Liidu Teatajas (vt. D. Minumets. RHS § 45 komm. 35 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019).

RHS § 45 lg-s 6 sätestatud kohustuse rikkumine võib tuua kaasa sõlmitud hanke- või raamlepingu tühisuse (tuvastamise): vastavalt RHS § 121 lg 1 p-le 2 on hankeleping tühine, kui hankija ei ole hanketeate registrile esitamisel märkinud, et riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda, või ei ole märkinud, et ta soovib hanketeate edastamist ELVT-le vastavalt RHS §-le 183, kui hanketeate edastamine oli RHS-i kohaselt nõutav. RHS § 121 lg 4 kohaselt on hankelepingu tühisusele RHS § 121 lg-s 1, sh. lg 1 p-s 2, sätestatud alustel võimalik tugineda üksnes juhul, kui hankelepingu tühisus on tuvastatud vastavalt RHS-is sätestatule. RHS § 185 lg 4 p 4 ja § 189 lg 7 kohaselt võib (vaidlustushuvi omav isik) 30 päeva jooksul hankelepingu sõlmimise teate eRHR-is avaldamisest arvates vaidlustada (sõlmitud) hankelepingu, kui hankija ei ole hanketeate eRHR-ile esitamisel märkinud, et riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda, või ei ole märkinud, et ta soovib hanketeate edastamist ELVT-le vastavalt RHS §-le 183, kui hanketeate edastamine oli RHS-i kohaselt nõutav. RHS § 197 lg 3 sätestab, et RHS § 185 lg 4 p 4 alusel esitatud vaidlustuse rahuldamisel võib vaidlustuskomisjon oma otsusega tuvastada hankelepingu tühisuse RHS § 31 või § 121 alusel või jätta hankelepingu jõusse, lühendades hankelepingu tähtaega, kui on tuvastatud tühisuse asjaolude olemasolu RHS § 31 või § 121 alusel. Otsuse tegemisel võetakse arvesse olulist avalikku huvi, mida võidakse kahjustada hankelepingu tühisuse korral. RHS § 29 lg 1 järgi kohaldatakse raamlepingule hankelepingu sätteid. Seega on eelnimetatud sätted, mis käsitlevad hankelepingu tühisust (ja tühisuse tuvastamist), kohaldatavad ka raamlepingu sõlmimiseks korraldatud riigihangetes.

Lisaks RHS § 45 lg-s 6 nimetatud märke tegemisele peab hankija alates 18.10.2018 alustatud riigihangetes riigihanke alustamisel, v.a väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluse korral, esitama eRHR-ile teabe riigihanke eeldatava maksumuse kohta (vt. RHS § 23 lg 9, § 238 lg 3).

Nimetatud kuupäevast alates on eRHR-i tehnilise lahendusega tagatud, et seoses 18.10.2018 jõustunud kohustusega sisestada registrisse riigihanke eeldatav maksumus (RHS § 23 lg 9), määratakse automaatkontrolliga, kas riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või ületab rahvusvahelist piirmäära ja vastavalt automaatkontrolli tulemusel saadetakse teated riigihangetes, mille eeldatav maksumus on võrdne või ületab rahvusvahelist piirmäära, ELVT-le (vt. M. Tork. RHS § 183 komm. 9 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019). Viimati öeldu aga ei vähenda RHS § 45 lg-s 6 nimetatud märke tähendust ja olulisust enne 18.10.2018 alustatud riigihangetes, mil hankijal puudus hanketeate esitamisel hankelepingu eeldatava maksumuse (konkreetses rahalise summa) märkimise kohustus ning rahvusvahelise piirmäära automaatkontrolli eRHR ei teostanud.

Samuti ei toimu ELVT-le teadete edastamist juhul, kui hankija on jätnud täitmata RHS § 45 lg-s 6 sätestatud kohustuse ning eksinud RHS § 23 lg 9 kohustuse täitmisel, märkides eRHR-ile hanketeate esitamisel riigihanke eeldatava maksumuse (rahalise summa) väiksemaks kui riigihanke rahvusvaheline piirmäär.

Seega oli RHS § 45 lg-s 6 sätestatud nõue enne 18.10.2018 eriti oluline, sest ilma vastava märketa hanketeadet TED-is ei avaldatud (isegi siis, kui hankija oli hanketeates või mõnes muus alusdokumendis rahvusvahelise piirmääraga vähemalt võrdse riigihanke eeldatava maksumuse numbriliselt välja toonud – automaatkontroll puudus). Kirjeldatud juhul koheldi piiriüleseid ettevõtjaid ebavõrdselt ning kahjustati riigihanke direktiividega taotletavaid eesmärke: kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtete järgimine ning riigihangete avamine konkurentsile (vt. direktiiv 2014/25/EL, preambul põhjendus 2). Järeldust, et rahvusvahelise piirmääraga võrdse või suurema riigihanke eeldatava maksumuse kohta hanketeate esitamisel teabe esitamata jätmine on riigihankeõiguse raske rikkumine, kinnitab ka asjaolu, et nimetatud rikkumine oli kuni 31.08.2017 kehtinud riigihangete seaduse redaktsiooni (RT I, 25.10.2016, 20) kohaselt käsitletav väärtetona (vt. RHS v.r § 111⁶ hanketeates rahvusvahelise piirmääraga võrdse või seda ületava riigihanke eeldatava maksumuse kohta märke tegemata jätmine).

Riigihanke rahvusvaheline piirmäär on oluline ka seetõttu, et sellest sõltub hankelepingu sõlmimisele eelneva kohustusliku ooteaja pikkus. Nõnda sätestab RHS § 125 lg 9, et liht-hankemenetluses ei või hankija anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 5 tööpäeva möödumist pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse või hankelepingu sõlmimise otsuse kohta teate esitamisest. RHS § 120 lg 2 teise lause järgi hankemenetluse korraldamisel riigihangetes, mille eeldatav maksumus on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär, peab hankija kohaldama 10-päevast ooteaega. Ent kui riigihanke maksumus on vähemalt võrdne rahvusvahelise piirmääraga, siis RHS § 120 lg 2 esimesest lausest tulenevalt ei või hankija anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist eduka pakkuja kõrvaldamata jätmise ja kvalifitseerimise otsuse kohta teate esitamisest. RHS § 120 lg 4 sätestab mööndusteta imperatiivselt, et enne ooteaja möödumist sõlmitud hankeping on tühine.

Siinkohal tasub ka tähele panna, et hankemenetluses ja lihthankemenetluses ei pruugi ooteaja kulgema hakkamise ajahetk ühtida – hankemenetluses (sh. rahvusvahelise piimääraga vähemalt võrdse hankemenetluse korral) hakkab ooteaeg kulgema RHS § 104 lg-s 8 nimetatud viimase otsuse tegemisest ning selle kohta ettevõtjatele teate esitamisest, kuid lihthankemenetluses algab ooteaja kulgemine, kui hankija ei ole alusdokumentides RHS § 104 lg-s 8 sätestatud otsuse tegemist ette näinud, pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse või hankelepingu sõlmimise otsuse kohta teate esitamisest (vt. ka E. Fels, E.-A. Roosik. RHS § 120 komm.-d 19-20 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019).

eRHR-ist nähtub, et Hankija on sõlminud 2018. aastal kuueteistkümnelt riigihanke menetluse teel hankelepungud 18 sõiduauto rentimiseks järgmiselt:

- Seitse lihthankemenetlust (eRHR-i viitenumbrid 194424, 194839, 194915, 195763, 195768, 196515, 196648), millede puhul hanketeadet TED-is avaldamiseks ELVT-le ei edastatud. eRHR-ist nähtub, et loetletud lihthankemenetluste tulemusena sõlmitud hankelepungute kogumaksumuseks oli 231 300,50 eurot.

- Üheksa avatud hankemenetlust (eRHR-i viitenumbrid 198087, 198149, 198421, 198446, 198666, 199600, 200484, 200842, 202700), milledest kaheksa hankemenetluse puhul märkis Hankija, et soovib hanketeate edastamist ELVT-le TED-is avaldamiseks. Avatud hankemenetlusega riigihanke puhul "Ühe sõiduauto rentimine" (eRHR viitenumber 198087) hanketeadet TED-is avaldamiseks ELVT-le ei edastatud. eRHR-ist nähtub, et loetletud hankemenetluste tulemusena sõlmitud hankelepingute kogumaksumuseks oli 346 246,00 eurot.

Riigihanke eeldatava maksumuse määramise ja riigihanke osadeks jaotamise reeglid sisalduvad RHS-i üldsätetes, s.o RHS-i 1. ptk 5. jaos (RHS §-d 23-28). RHS § 23 lg 8 sätestab, et ühtegi riigihanke eeldatava maksumuse määramise aluse valikut ei või kasutada riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks.

Kui riigihanke eeldatava maksumuse arvestamine on RHS-i 1. ptk-s sätestatud tulenevalt võimalik mitmel meetodil ning nendest meetoditest vähemalt ühe kasutamisel oleks riigihanke eeldatav maksumus võrdne kas lihthanke, riigihanke või rahvusvahelise piirmääraga või ületaks vastavat piirmäära, peab hankija arvestama riigihanke eeldatava maksumuse selle meetodi alusel.

Vallasasjade rendilepingule kohaldatakse asjade hankelepingu kohta käivaid sätteid (RHS § 8 lg 3). Asjade hankelepingu eeldatava maksumuse määramise reeglid on antud RHS § 24 lg-tes 1-2. Nii sätestab RHS § 24 lg 1 p 2, et asjade hankelepingu, mille esemeks on asjade üürimine, rentimine või liisimine, eeldatav maksumus on tähtajalise hankelepingu korral, mille tähtaeg on pikem kui 12 kuud, hankelepingu eeldatav kogumaksumus koos intresside ja asja eeldatava jääkmaksumusega pärast hankelepingu tähtaja lõppemist. Vastavalt RHS § 24 lg-le 2 on asjade hankelepingu, mis on oma olemuselt regulaarne või mida kavatakse kindla tähtaja jooksul uuendada, eeldatava maksumuse määramiseks kaks meetodit: (p 1) minevikku vaatav meetod – eelnenud 12 kuu või eelmise majandus- või eelarveaasta vältel sõlmitud järjestikuste samalaadsete hankelepingute kogumaksumus, mida on korrigeeritud, võttes võimaluse korral arvesse ka eeldatavaid muutusi ostetavates või tellitavates kogustes või hinnas hankelepingu kehtivuse järgmise perioodi vältel, või (p 2) tulevikku vaatav meetod – esimese hankelepingu sõlmimisest arvates järgmise 12 kuu või majandus- või eelarveaasta jooksul sõlmitavate järjestikuste samalaadsete hankelepingute eeldatav kogumaksumus. Kui eeldatava maksumuse määramine on võimalik mõlemal meetodil ja nendest vähemalt ühe kasutamisel oleks riigihanke eeldatav maksumus mõne piirmääraga võrdne või piirmäärast suurem, peab hankija lähtuma RHS § 23 lg 8 järgi sellest meetodist.

RHS § 28 lg 1 kohaselt võib hankija riigihanke osadeks jaotada ja osta asju ning tellida teenuseid või ehitustöid eraldi, kui ta kohaldab iga osa kohta hankelepingu sõlmimisele või kontsessioonilepingu sõlmimisele kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimise või kontsessioonilepingu sõlmimise korda. Seejuures ei või hankija jaotada riigihanget osadeks eesmärgiga eirata RHS-is riigihanke teostamiseks kehtestatud korda või nõudeid, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd. Hankija võib jaotada riigihanke osadeks, erinevate osade summeeritud kogumaksumust arvestamata, üksnes siis, kui see on objektiivsetel põhjustel õigustatud (RHS § 28 lg 2). RHS § 28 lg 4 järgi, kui osadeks jaotatava riigihanke kõigi osade summeeritud eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda, võib hankija kohaldada RHS § 28 lg-s 3 sätestatud 20% reeglit (nn väikeste osade erandit) ainult juhul, kui iga sellise (nn väikese) osa eeldatav maksumus on asjade või teenuste hankelepingu korral alla 80 000 euro.

2018. aastal sõiduautode rentimiseks sõlmitud hankelepingute (Hankija poolt deklareeritud) kogumaksumuseks oli 577 546,50 eurot. Võttes arvesse riigihanke osadeks jaotamise reegleid (RHS § 28 lg-d 1-2) ja asjaolu, et 2018. aastal oli asjade ja teenuste hankelepingute ning ideekonkursside puhul võrgustikusektori hankija rahvusvaheliseks piirmääraks 443 000,00 eurot (vt. RHS § 14 lg 3, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/25/EL art-d 15 ja 17, Euroopa Komisjoni delegeeritud määruse 2017/2364/EL art 1 p 1), pidi Hankija tulenevalt RHS § 15 lg-st 9 eelnimetatud seitsme lihthankemenetluse (eRHR-i viitenumbrid 194424, 194839, 194915, 195763, 195768, 196515, 196648) või väikeste osade erandi kasutamise korral vähemalt kolme lihthankemenetluse (nt. eRHR-i viitenumbrid 195768, 196515, 196648), asemel korraldama hankemenetluse(d), tagama, et kõik hanketeated (sh. eRHR viitenumber 198087)

oleksid edastatud ELVT-le TED-is avaldamiseks, ning kohaldama vähemalt 14-päeva pikkust ooteaega, mida tulnuks lugeda RHS § 104 lg-s 8 nimetatud eduka pakkuja kõrvaldamata jätmise ja kvalifitseerimise otsuse kohta teate esitamisest arvates (vrd. RHS § 120 lg 2 ls 1 ja ls 2, § 125 lg 9).

Kuigi lihthankemenetlusena korraldatud sõiduautode rentimise riigihangetes ei ole Hankija alati teinud viimase otsusena RHS § 104 lg-s 8 nimetatud otsust eduka pakkuja kõrvaldamata jätmise ja kvalifitseerimise kohta, ei nähtu Rahandusministeeriumile järelevalvemenetluses kättesaadavaks tehtud andmetest, et Hankija oleks sõlminud sõiduauto rentimiseks hankelepingu enne 14 päeva möödumist riigihanke menetluses viimase otsuse tegemisest ja selle kohta asjaomastele ettevõtjatele teate edastamisest.

Sellegipoolest võivad kõnealused hankelepingud olla RHS § 120 lg 4 kohaselt tühised, sest nende sõlmimisele ei ole eelnenud RHS § 104 lg-s 8 nimetatud otsust, mis käivitavad ooteaja kulgemise rahvusvahelist piirmäära ületava riigihanke korral.

2.5. Samaesemeliste soetuste summeeritud eeldatavale kogumaksumusele vastava riigihanke menetluse korraldamata jätmine

AS Tallinna Sadam on võrgustikusektori hankija RHS § 5 lg 3 p 3 tähenduses. RHS § 15 lg 8 kohaselt peab võrgustikusektori hankija kohaldama hankelepingu sõlmimisel RHS-i 3. ptk 1. jaos (§-s 125) sätestatud (lihthankemenetluse) korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne (võrgustikusektori) lihthanke piirmääraga või ületab seda, kuid on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär, ning hankelepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris või kui hankelepingu peamist eesmärki ei ole võimalik kindlaks määrata.

Asjade või teenuste hankelepingu korral on võrgustikusektori hankija lihthanke piirmääraks 60 000 eurot (RHS § 14 lg 1 p 2) ja ehitustööde puhul 300 000 eurot (RHS § 14 lg 1 p 3). RHS § 125 lg-s 3 nimetatud erandlike asjaolude puudumisel peab hankija, sh. võrgustikusektori hankija, lihthankemenetluse alustamiseks esitama eRHR-is avaldamiseks hanketeate (RHS § 125 lg 1).

Kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda ning hankelepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris või kui hankelepingu peamist eesmärki ei ole võimalik kindlaks määrata, peab võrgustikusektori hankija RHS § 15 lg 9 kohaselt kohaldama hankelepingu sõlmimisel RHS-i 5. ptk-is sätestatud (hankelepingu) korda. RHS §-s 156 sätestatud väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlust lubavate erandlike asjaolude puudumisel, peab võrgustikusektori hankija RHS § 155 järgi korraldama hankemenetluse avatud, piiratud või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusena, võistleva dialoogina või innovatsioonipartnerlusena.

2018. aastal oli võrgustikusektori hankija rahvusvaheliseks piirmääraks asjade ostmisel ja teenuste tellimisel 443 000,00 eurot ning ehitustööde tellimisel 5 548 000 eurot (vt. RHS § 14 lg 3, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/25/EL art-d 15 ja 17, Euroopa Komisjoni delegeeritud määruse 2017/2364/EL art 1 p-d 1-2).

Nagu eelnevalt käesolevas kontrolliaktis märgitud, hankija ei või jaotada riigihanget osadeks eesmärgiga eirata RHS-is riigihanke teostamiseks kehtestatud korda või nõudeid, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd (RHS § 28 lg 2). Hankija võib riigihanke osadeks jaotada ja osta asju ning tellida teenuseid või ehitustöid eraldi, kui ta kohaldab iga osa kohta hankelepingu sõlmimisele või kontsessioonilepingu sõlmimisele kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimise või kontsessioonilepingu sõlmimise korda (RHS § 28 lg 1).

Varem kehtinud õiguses reguleeris riigihanke osadeks jaotamist väljaspool ühte hankemenetlust RHS v.r § 23, mille sisu ja sõnastus oli sarnane täna kehtiva RHS §-ga 28 ning mille kohta on Riigikohus haldusasjas nr 3-3-1-96-16 leidnud, et kuigi riigihanke eseme piiritlemise õigus on hankijal, on hankijal keelatud riigihanke osadeks jaotamine riigihanke korra või nõuete eiramise eesmärgil, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd.

Eraldiseisva üksikhanke tuvastamisel on määravaks kriteeriumiks asjade ja teenuste (või ehitustööde) funktsionaalselt koostoimimine või vajalikkus sama eesmärgi saavutamiseks. Isegi, kui hankija peab vajalikuks soetada selliseid asju, teenuseid või ehitustöid ositi, tuleb osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel kohaldada kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda (vt. RKHKo 07.06.2017, nr 3-3-1-96-16, p 16).

Riigihanke eeldatava maksumuse määramise reeglid on sätestatud RHS-i 1. ptk 5. jaos. RHS § 23 lg 3 kohaselt peab hankija lähtuma riigihanke eeldatava maksumuse arvestamisel riigihanke alustamisele vahetult eelneva aja keskmisele turuhinnale vastavast hinnatasemest, mis peab kehtima riigihanke alustamise hetkel. Riigihanke eeldatava maksumuse hulka tuleb arvestada hankelepingu täitmisel eeldatavalt makstav kogusumma, arvestades muu hulgas hankelepingu alusel võimalikke tulevikus tekkivaid kohustusi ja hankelepingu uuendamist (RHS § 23 lg 2 p 1).

Vastavalt RHS §-le 25 võetakse ehitustööde hankelepingu eeldatava maksumuse määramisel lisaks ehitustööde eeldatavale maksumusele arvesse ehitustööde tegemiseks vajalike hankijalt pakkujale üleantavate asjade ja osutatavate teenuste eeldatav maksumus üleandmise hetkel.

Ühtegi riigihanke eeldatava maksumuse määramise aluse valikut ei või kasutada riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks. Kui riigihanke eeldatava maksumuse arvestamine on RHS-is sätestatud tulenevalt võimalik mitmel meetodil ja nendest meetoditest vähemalt ühe kasutamisel oleks riigihanke eeldatav maksumus võrdne kas lihthanke, riigihanke või rahvusvahelise piirmääraga või ületaks vastavat piirmäära, peab hankija arvestama riigihanke eeldatava maksumuse selle meetodi alusel (RHS § 23 lg 8).

Seega on hankelepingu (riigihanke) eeldatava maksumuse määramine prognoosotsus (vt. nt TlnHKo 19.05.2015, nr 3-15-875, p 25). Kuigi hankija ei ole selleks kohustatud, saab hankija korraldada eeldatava maksumuse määramiseks RHS § 10 kohase turu-uuringu. Sõltumata sellest, milliseid meetodeid hankija eeldatava maksumuse määramisel kasutab, peab hankija kahtluse korral suutma tõendada, et lähtus turuhinnale vastava hinnataseme välja selgitamisel asjakohastest allikatest, tõenditest ja kaalutlustest, see tähendab näitama ära, kuidas ta defineeris turu ja kuidas selgitas välja turuhinnale vastava hinnataseme (TlnHKo 19.05.2015, nr 3-15-875, p 25).

Riigihanke õigusvastase osadeks jaotamisega on tegemist siis, kui hankija tellib või ostab (formaalselt) eraldi korraldatavate riigihanke menetlustega funktsionaalselt koos toimivaid või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikke asju, teenuseid või ehitustöid. Riigihanke (õigusvastase) osadeks jaotamise keelu rikkumiseks on loetud ka olukordi, kus hankija käitumises ei ole tuvastatud subjektiivset kavatsust või eesmärki seadust eirata (vt. EKo 15.03.2012, nr C-574/10, komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik, p 49).

Kohtupraktikast tulenevalt saab välja tuua, et riigihangete kokkukuuluvusele viitavad muu hulgas järgmised indikaatorid: (A) sama majanduslik või tehniline ülesanne – põhikriteeriumina (vt. EKo 05.10.2000 asjas C-16/98: komisjon vs. Prantsuse Vabariik, p-d 36, 38 ja 47; EKo 27.10.2005 asjades C-187/04 ja C-188/04: komisjon vs. Itaalia, p 27; EKo 18.01.2007 otsus asjas C-220/05: Jean Auroux jt vs. Commune de Roanne, p 41; EKo 15.03.2012 otsus asjas C-574/10: komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik, p 37); (B) riigihangete üheaegne alustamine, riigihangete ajaline lähedus, hanketeadete sarnasus, geograafilise koha ühtsus ja üheainsa hankija olemasolu – täiendavate kriteeriumitena (vt. Euroopa Kohtu 05.10.2000 otsus kohtuasjas C-16/98: komisjon vs. Prantsuse Vabariik, p 65). Seejuures on selgitatud, et hangete majandusliku ja tehnilise identsuse tuvastamine on alternatiivne, mitte kumulatiivne (vt. Euroopa Üldkohtu 23.05.2013 otsus asjas T-384/10: Hispaania Kuningriik vs. komisjon, p 68; Euroopa Kohtu 27.10.2005 otsus liidetud kohtuasjades C-187/04 ja C-188/04: komisjon vs. Itaalia, p 29).

Sama majandusliku või tehnilise funktsiooni puhul on tegemist funktsionaalse kontrolli teooria kahe alternatiivse alakriteeriumiga. Majandusliku ja tehnilise ülesande ühtsuse kriteeriumid ei ole kumulatiivse iseloomuga, mistõttu nad ei pea esinema samaaegselt.

Kui majandusliku või tehnilise ülesande ühtsus on tuvastatud, siis täiendavad kriteeriumid, nagu riigihangete läbiviimise ajaline ja geograafiline kokkulangevus võivad omada tähtsust kinnitamaks riigihanke kokkukuuluvust, kuid funktsionaalse kontrolli teooria kohaselt ei ole lisakriteeriumide olemasolu tuvastamine enam ilmingimata vajalik (vt. Kase, K. Üksikhanke, üksikhanke osadeks jaotamise luba ja keeld ning õiguskaitselahendite kasutamise võimalikkus üksikhanke õigusvastase osadeks jaotamise korral. Magistr töö. Tartu Ülikooli õigusteaduskond, 2014, lk 70; vt. ka T-384/10, p 68; C-187/04 ja C-188/04, p 29).

Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei tohi hankija eelarve planeerimisega seotud mistahes põhjused ohustada riigihanke ühefunktsionaalset olemust. Euroopa Kohus on osundanud, et ühe kokkukuuluva riigihankelepingu olemasolu hindamiseks peab kohaldama ehitustöödele kehtivaid ühe majandusliku ja tehnilise funktsiooni kriteeriume ka teiste valdkondade korral (Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus kohtuasjas C-574/10: komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik, p 41).

Üheks lisakriteeriumiks riigihanke kokkukuuluvuse määramisel on ka asjaolu, et hangitavaid asju, teenuseid või ehitustöid pakub turul sama ettevõtjate ring (vt. nt direktiivi 2014/25/EL põhjendus 29: "Samuti tuleks selgelt sätestada, et piirmäärade arvestamiseks tuleks sarnaseid asju käsitada kui tooteid, mis on mõeldud samaks või sarnaseks otstarbeks, nagu näiteks erinevad toiduained või mitmesugused kontorid kasutatavad mööbliesemed. Üldjuhul pakub asjaomasel valdkonnas tegutsev ettevõtja tõenäoliselt selliseid tooteid oma tavapärase tootvaliku hulgas").

Euroopa Kohus on korduvalt leidnud, et erinevate riigihanke menetluste teel sõlmitud hankelepingute sisulist kokkukuuluvust ei muuda ka see, et kõnealused lepingud on sõlmitud ja täidetud erinevatel (eelarve)aastatel (nt. asjas C-16/98 leidis Euroopa Kohus, et vaatamata sellele, et elektritööde riigihanked viidi läbi ja hankelepingud sõlmiti kolme aasta vältel, on tegemist funktsionaalselt kokkukuuluva riigihankega; samuti asjas C-574/10, milles spordi- ja avalike ürituste halli renoveerimise projekteerimistööde tellimine oli jagatud mitmeks (eelarve)aastaks).

Rahandusministeerium on selgitanud, et niinimetatud suvaline hangete osadeks jagamine on vastuolus riigihanke direktiivide kasuliku mõjuga. Sellega kaasneks kunstlik piirmäärade allapoole jäämine, millega piiratakse RHS-i ja hankedirektiivide kohaldamisala. Riigihangete meelevaldne ja tarbetu "tükeldamine" õhnestaks EL-i (riigihanke)õigusega taotletavaid eesmärke (vt. KKK. Riigihangete menetlemine kuni 31.08.2017 (täiendatud 27.07.2017), lk 15, p 6).

Riigihanke jagamine osadeks peaks põhinema faktilistel majanduslikel või tehnilistel asjaoludel, mida hankija peab vajaduse korral tõendama. Euroopa Kohus on mitmes kohtulahendis (vt. nt. C-16/98, C-187/04, C-220/05 ja C-574/10) toonud välja kriteeriumid, mille põhjal otsustada, kas tegemist on ühe hankeobjektiga, mida ei tohi kunstlikult tükeldada. Nendeks on muu hulgas majanduslik-, ruumiline-, funktsionaalne-, tehniline või eesmärgiline seos, samuti ajaline seos, hanketeadete sarnasus jne.

Siseriiklikus kohtupraktikas on loetud funktsionaalselt koos toimivateks ning sama eesmärgi saavutamiseks vajalikeks ehitustöödeks esimeses etapis kalasadama ja kalakai ning teises etapis lainemurdjate ja sadamahoone ehitamist, sest kalakai vajab tormide eest kaitseks lainemurdjaid (vt. TrtRKO 17.11.2015, nr 3-14-35, p 16; TrtRKO 04.04.2017, nr 3-14-52367, p 25; vt. ka M.-J. Raude. RHS § 28 komm.-d 6-9 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019).

Ühe hankeobjekti esmapilgul kokkukuuluvaid osi on võimalik käsitleda erinevate hankeobjektidena üksnes juhul, kui selleks on objektiivsed põhjused. Objektiivseteks põhjusteks ei ole aga Euroopa Kohtu hinnangu eelarveõiguslikud põhjused. Näiteks kohtuasjas C-574/10 leidis Euroopa Kohus, et Euroopa Liidu riigihankeõigust reguleerivate direktiivide mõttega on vastuolus, kui ühte riigihanget, mis puhtalt eelarvelistel põhjustel viiakse ellu mitmes etapis, käsitatakse ainult sel põhjusel mitme iseseisva riigihankena, et jääda niimoodi välja (riigihanke) direktiivi kohaldamisalast.

Objektiivseteks põhjusteks on Euroopa Kohus pidanud näiteks seda, kui riigihanke osi on võimalik tehniliselt teineteisest eraldada.

Kohtuasjas C-16/98 leidis kohus, et tänavavalgustuse võrkude puhul ei ole tehnilisest küljest tegemist ilmingimata teineteisest sõltuvate võrkudega ning on võimalik, et iga kohalik üksus vastutab ka majanduslikust vaatepunktist oma tänavavalgustuse võrgu käitamise eest ise, mistõttu on võimalik iga tehniliselt eraldatavat tänavavalgustusvõrku pidada eraldi hankeobjektiks. Teisalt on näiteks lennujaama ehitamise puhul lennujaama toimimiseks vajalik lisaks lennujaama hoonele ka lennujuhtimise torn, mistõttu neid tuleb riigihangete mõttes käsitleda ühe ehitisena ning korraldada riigihangete selliselt, et lähtutakse mõlema hoone ehitamise maksumuse summast. See ei tähenda, et nende hoonete ehitamist peab tingimata hankima ühe riigihankega, vaid riigihangete korraldamisel tuleb menetlusreeglite valikul summeerida mõlema hoone ehitamise maksumused ja kui see summa ületab teatud piirmäära, korraldada kõik ehitushanked nendest reeglitest lähtuvalt (vt. RHS eelnõu 450 SE I. Seletuskiri, lk 46).

Seega vastamaks küsimusele, kas Hankija peab lähtuma menetlusliigi valikul kõigi riigihanke osade summeeritud maksumusest, tuleb sisuliste kriteeriumide põhjal tuvastada, kas kõnealuste hangete puhul oli tegelikult tegemist ühe ühtse hankega.

Ühtsele hankele viitavad asjaolud võivad muu hulgas olla järgmised (täiendavad kriteeriumid): (i) riigihangete üheaegne (ajaliselt lähestikku langev) alustamine (sh. üks eelarveaasta), (ii) riigihanke alusdokumentide sarnasus; (iii) hangete toimumise geograafilise koha ühtsus; (iv) üks sama lepingupartner või sama pakkujate ring.

Kehtivas RHS-is on loobutud kuni 31.08.2017 kehtinud RHS v.r [RT I 2007, 15, 76; 25.10.2016, 1] § 22 lg 1 imperatiivsest ja kaalutlust välistavast sõnastusest, mille kohaselt ehitustööde hankelepingu eeldatava maksumuse määramisel tuleb ilmingimata võtta aluseks kõigi ühel ehitisel või erinevatel omavahel funktsionaalselt seotud ehitistel tehtavate ehitustööde eeldatav maksumus. Sellegipoolest tuleks RHS § 28 lg-test 1-2 tulenevalt ühel ehitisel või erinevatel omavahel funktsionaalselt seotud ehitistel tehtavate ehitustööde eeldatavad maksumused omavahel summeerida, sest eelduslikult täidavad ühel ehitisel või erinevatel omavahel funktsionaalselt seotud ehitistel (hoonetekompleks) sama tehnilist ja/või majanduslikku ülesannet, eriti kui ehitustööd on ehitustehniliselt ühesugused või sarnased ning sellised ehitustööd teostatakse ajaliselt lähestikku, sh. ühel eelarveaastal või üksteisele vahetult järgnevatel eelarveaastatel.

Hankija peab eelnimetatud kriteeriume arvesse võttes juhtumipõhiselt iga kord eraldi hindama, millised ehitustööd tuleb eeldatava maksumuse mõttes summeerida ja milliste puhul on erandkorras võimalik lähtuda iga ehitustöö maksumusest eraldi (vt. RHS eelnõu 450 SE I. Seletuskiri, lk 46).

Muuga sadama kaide remont

AS Tallinna Sadam haldab Eesti suurimat ja sügavaimat kaubasadamat, milleks on Muuga sadam. AS Tallinna Sadam kui sadama pidaja korraldab Muuga sadama tegevust tervikuna (SadS § 2 p 3).

Muuga sadam kui terviklik majandusüksus (sadamarajatis) hõlmab erinevaid ehitisi. Muuga sadama maa-ala kogupindalaks on 566,8 ha. Statsionaarsete kaide koguarv on 29 (vt. Sadamaregister. Põhiandmed. Sadamakood: EE MUG).

Järelevalvemenetluses kontrollimiseks esitatud raamatupidamise kuluandmetest nähtub, et Hankija on 2018. tasunud GT Corporation SE-le, registrikood 10113886, kolme ehitustööde hankelepingu alusel Muuga sadamas teostatud kaide remonttööde eest kokku 368 409,00 eurot (Muuga sadama abikai osalise rekonstrueerimise eest 108 165,00 eurot; Muuga sadama kaide nr 7, 16A ja 17 osalise remondi eest 183 844,00 eurot; Muuga sadama kaide nr 9A/10A kahe tala remondi eest 76 400 eurot).

Hankija ei ole ülalnimetatud ehitustööde maksumusi riigihanke eeldatava maksumuse määramiseks summeerinud ning sellest tulenevalt ei ole samaliigiliste ja -eesmärgiliste ehitustööde (Muuga sadama kaide remonttööde) summeeritud kogumaksumusele vastavat riigihanke menetlust, s.o lihthankemenetlust, korraldatud.

Hankija on lähtunud hankelepingute sõlmimisele kohalduva menetluskorra kindlaksmääramisel iga hankelepingu puhul selle eraldivõetud maksumusest, arvestamata RHS § 28 lg-tes 1-2 ette nähtud osadeks jaotamise regulatsiooni, ja jättes korraldamata RHS § 15 lg 8 kohaselt nõutud lihthankemenetluse.

Rahandusministeeriumi hinnangul on ilmne, et ühe sadamarajatise piires asuvatel kaidel ühel ja samal majandusaastal tehtavate samaliigiliste ehitustööde (remonttööde) maksumused tuleks õige menetlusliigi valikuks summeerida. Isegi juhul, kui ühe sadamarajatise piiresse jäävad kaid oleksid käsitletavad erinevate ehitistena, neid saaks käidelda teineteisest sõltumatult ja kaide ehitustöödel puuduks üks sama tehniline funktsioon, tuleks kaidel ajaliselt lähestikku tehtavaid ehitustöid ikkagi lugeda kokkukuuluvateks, sest ühe sadama kaid on omavahel funktsionaalselt seotud, kaidel tehtavatel ehitustöödel on üks majanduslik ülesanne ja nad on vajalikud sama eesmärgi saavutamiseks.

Rahandusministeeriumi hinnangul puuduvad mistahes objektiivsed asjaolud, mis õigustaksid riigihanke osadeks jaotamist ja kõigi osade summeeritud eeldatava maksumuse mitteamistamist.

i) 26.02.2021 kirjas nr 1-16/126-3 esitas Hankija kontrollakti projektile kommentaarid, milles asus muu hulgas järgmisele seisukohale: "Muuga sadama kaide remondi osas täpsustame, et kolme vaidlusaluse lepingu objektide ja hangete vahel puudub tehniline seos, kuivõrd tellitud tööd on sisult erinevad. Tegemist on ka funktsionaalselt erinevate objektidega – kõik kaid on kasutatavad iseseisvalt ja üksteisest sõltumatult ning ühe kai toimimisest ja/või remondist teiste kaide toimimine ei sõltu – seega ei ole sadamarajatise ühtne mõiste majanduslikult ega tehniliselt adekvaatne. Muuga sadama kaide nr 7, 16A, 17 remont teostati aastatel 2014-2017 tehtud insener-tehniliste uuringute tulemuste põhjal. Nende kaide puhul oli vaja teha ühelaadseid identsete konstruktsioonelementide remonttöid, mis sisaldasid kaide veealuste esiseinte ja pealisehitise raudbetoonkonstruktsioonide remonti ning esiseina taguste tühemike täitmist. Ühelaadsed remonttööd on otstarbekas koondada üheks hankeks, vähendamaks kulusid üldisele mobilisatsioonile, remondiprotsessi korraldamisele ja dokumenteerimisele, aga ka vähendamaks muid otseseid ja kaasnevaid kulusi. Eeldati, et hankes osalevad ettevõtjad, kellel on vajalikud oskused ja kogemused kirjeldatud tööde tegemiseks. Muuga sadama kaide nr 9A-10A remont teostati 2014. aastal tehtud insener-tehniliste uuringute tulemuste põhjal. Nende tööde koosseisu kuulusid konstruktsioonide tugevdamise arvutused ja konstruktsioonide kandevõime taastamistööd. Nimetatud tööde spetsiifika ja spetsialiseerumine erineb oluliselt kaide nr 7, 16A, 17 remonttööde teostamise nõuetest, mistõttu eraldati kaide nr 9A-10A remont omaette hankeks. Abikai rekonstrueerimine nõuab töövõtjalt eelnimetatud töödest erinevat spetsialiseerumist, kuna tööd on seotud metallkonstruktsioonide valmistamise ja paigaldamisega amortiseerunud konstruktsioonide asemele seoses ohutustaseme kõrgenemisega selle objekti eksploateerimisel. Võttes arvesse neid tegureid ning erinevaid rahastusallikaid, eraldati see töö omaette hankeks. Remont- ja ehitustööde planeerimisel arvestame mõistlikkuse põhimõttega, ühendades samalaadse spetsialiseerumisega objektid. Seetõttu on erinevate ehitushangete, aga ka konkreetsete nende kolme lepingu vahel, seos oluliselt väiksem kui lepingute objektide endi sees. See võimaldab vähendada tööde üldmaksumust ja kasutada töövõtjaid, kes teostavad selliseid töid, kaasamata alltöövõtjaid, kellele pole selliste tööde teostamise omane. Kui nende aspektidega mitte arvestada, suureneb projektide maksumus, mida me püüame vältida. Lisaks leiame, et ühe eelarveaasta määratlemine ajalise seose kriteeriumina on üsna meelevaldne, sest tegu on äriühinguga, mitte eelarvelise asutusega. Eeltoodust tulenevalt oleme seisukohal, et TS ei ole eksinud riigihanke osadeks jaotamise keelu vastu ning on kõnealused Muuga sadama kaide remontide hanked läbi viinud riigihangete seaduse sätteid järgides."

ii) Rahandusministeerium on tulenevalt Hankija vastuväidetest asendanud ülaltoodud märkuses sõna „eelarveaastal“ sõnaga „majandusaastal“, kuid nimetatu ei muuda Rahandusministeeriumi järeldusi. Hankija kui äriühingu majandusaasta pikkuseks on 12 kalendrikuud ning majandusaasta kestus ühtib kalendriaastaga (vt. AS-i Tallinna Sadam põhikiri, p 7.1). Samuti koostatakse iga-aastaselt AS-i Tallinna Sadam aastaelarve, mille kinnitab aktsiaseltsi nõukogu (ÄS § 317 lg 7; AS-i Tallinna Sadam põhikiri, p 4.3.7; Hankekord, p-d 3.1-3.2).

Eelöeldule vaatamata ei ole ehitustööde eeldatavate maksumuste summeerimise puhul eelarve- või majandusaastal ka määravat tähtsust, sest erinevalt näiteks RHS § 24 lg-s 2 sätestatud regulaarse iseloomuga asjade või teenuste hankelepingu eeldatava maksumuse määramise reeglitest ei seo RHS § 25 ehitustööde hankelepingu eeldatava maksumuse määramist majandus- ega eelarveaastaga. Eespool Rahandusministeeriumi viidatud kohtupraktikas on korduvalt leitud, et eeldatava maksumuse arvutamisel võib hankijal olla kohustus liita kokku ka erinevatel aastatel sõlmitud ning täidetud ehitustööde hankelepingud (vt. EKo 05.10.2000, nr C-16/98: elektri- ja tänavavalgustusvõrgu ehitustööde riigihanked viidi läbi ja hankelepingud sõlmiti kolme aasta vältel; TrtRKO 17.11.2015, nr 3-14-35, ja TrtRKO 04.04.2017, nr 3-14-52367, p 25: erinevate sadamarajatiste ehitamine toimus kolmel järjestikkusel aastal).

Hankija tuginemine oma vastuväites erinevatele rahastusallikatele ei ole samuti asjakohane. Riigihangete seaduses sätestatud hankija kohustused ei ole seatud sõltuvusse sellest, millistest allikatest või milliselt eelarverealet vastavat kulutust rahastatakse. Mistahes eelarvelised, sh. erinevate rahastusallikatega seotud, põhjused ei ole piisavad õigustamiseks üksikhanke õigusvastast osadeks jaotamist (vt. EKo 15.03.2012, nr C-574/10, p 46). Rahandusministeerium jääb eelnevalt väljendatud seisukoha juurde, et kõnealused Muuga sadama kaide ehitustööde hankelepingud evivad ühtset tehnilist ja/või majanduslikku funktsiooni. Majandusliku või tehnilise funktsiooni puhul on tegemist alternatiivsete, mitte kumulatiivsete kriteeriumidega, mistõttu üksikhanke tuvastamiseks piisab, kui erinevatel ehitustöödel on ühtne majanduslik ülesanne, kuid erinev tehniline ülesanne, või vastupidi.

Vaadeldavad ehitustööde hankelepingud kannavad ühtset tehnilist funktsiooni, milleks on Muuga sadama kaide kui ühe sadamarajatise erinevate osade remontimine ja korrasolek. Ehitustööde tehnilist funktsiooni ei saa vaadelda kitsalt sellest seisukohast, kas üks kai on põhimõtteliselt kasutatav ka ilma teise kaita või mitte. Muuga sadam kui sadamarajatise koosneb mitmetest kaidest ja moodustab ühe terviku – sadam ei saa toimida ilma kaideta ning kaid ei saa toimida ilma sadama teiste osadeta, mistõttu eelduslikult on kõik ühel sadamarajatisel tehtavad ehitustööd, sh. sadamarajatise erinevatel osadel teostatavad ehitustööd, ühtse tehnilise funktsiooniga. Kaideta ei ole sadam sihtotstarbeliselt kasutatav. Seega on kõigi ühe sadamarajatise piiresse jäävate kaide remontimine kantud ühest ja samast eesmärgist. Sadama kui majandusüksuse eesmärgipäraseks ekspluateerimiseks on vajalikud kõik sadama territooriumile jäävad kaid. Hankija korraldab Muuga sadama pidajana sadama kui majandusüksuse (ettevõtte või käitise) tegevust tervikuna. Hankija poolt kehtestatud sadamatasud ei ole diferentseeritud ühe sadama raames eelviidatud kaide kaupa. Kõnelused ehitustööd on seega kantud ka majanduslikult ühest funktsioonist. Ühtne majanduslik funktsioon avaldub muu hulgas selles, et kõik kaid kokku võimaldavad Hankijal osutada sadamateenuseid Muuga sadamas. Hankija tegevus sadamateenuste osutamisel sõltub kaide korrasolekust – mida rohkem kaisid on töökorras, seda suurem on tõenäosus, et Hankija suudab tegutseda sadamateenuste osutamisel efektiivselt, kasumlikult ja jätkusuutlikult. Hankijal on majanduslikult huvitatud sellest, et kõik kaid oleksid töökorras ja võimaldaksid täita põhikirjalisi eesmärgid.

Arusaamatuks jääb Hankija vastuväide, mille kohaselt kõik tööd on ehitustehiniliselt erinevad ja eeldavad erinevat spetsialiseerumist, mistõttu antud juhul oli vajalik ehitustööde jagamine eesmärgiga "vähendada tööde üldmaksumust ja kasutada töövõtjaid, kes teostavad selliseid töid, kaasamata alltöövõtjaid, kellele pole selliste tööde teostamise omane".

Esiteks vajab selgitamist, et kõik kõnealused ehitustööd telliti ühelt ja samalt ehitusettevõtjalt (GT Corporation SE). Teiseks, kuigi ehitustööd võisid sisu poolest mõneti erineda, ei tähenda see siiski seda, et ehitustöödel puudus ühtne ülesanne. Kolmandaks, isegi kui tehniolud võimaldaksid Hankija faktivaidetega nõustuda, ei takista kõigi hankelepingute eeldatavale maksumusele vastava riigihanke menetluse liigi valimine Hankija sõnastatud eesmärkide saavutamist: RHS § 27 lg 1 võimaldab jagada riigihanke ühe menetluse raames osadeks ning RHS § 28 lg 1 võimaldab seda teha ka erinevate menetluste raames, eeldusel, et iga osa kohta hankelepingu sõlmimisele kohaldatakse kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimise korda.

Riigihankeõiguslik probleem on mitte hankelepingute eraldi sõlmimises või riigihanke menetluste eraldi läbiviimises, vaid sellest, et nimetatud hankelepingutele ei ole eelnenud kõigi lepingute eeldatavale kogumaksumusele vastavat riigihanke menetlust. Täiendava argumendina juhime tähelepanu asjaolule, et kõik Muuga sadama erinevatel kaidel tehtavad ehitustööd olid või vähemalt pidid olema Hankija jaoks ettenähtavad (vt. ettenähtavuse kui lisakriteeriumi kohta: Raidla Ellex Advokaadibüroo OÜ õigusanalüüs "Riigihanke eeldatava maksumuse määramine". 10.10.2016, p 7.3.b). Hankija on oma vastuväites ise märkinud, et kaide remonttööde vajadus oli selgunud aastatel 2014-2017 tehtud insener-tehniliste uuringute tulemuste põhjal. Kokkuvõtvalt on Rahandusministeerium seisukohal, et Hankija ei ole esitanud järelevalvemenetluses objektiivseid põhjuseid, mis võimaldaksid käsitleda Muuga sadama kaide remonttöid erinevate hankeobjektidena.

Soojusenergia ostmine

Järelevalvemenetluses kontrollimiseks esitatud raamatupidamise kuluandmetest nähtub, et Hankija on 2018. tasunud AS-le Utilitas Tallinn, registrikood 10811060, s.o soojusettevõtjale, kelle võrgupiirkonnas asub Hankija hallatav Vanasadam, kaugküttevõrgu kaudu tarnitud soojusenergia eest kokku 80 067,30 eurot. Rahandusministeeriumile teadaolevalt ei olnud Hankija 2018. aastal soojusenergia ostmiseks lihthankemenetlust ega hankemenetlust korraldanud.

RHS § 4 p-s 16 sätestatud legaaldefiniitsiooni kohaselt on riigihange asja ostmine, teenuse tellimine, ideekavandi saamine, ehitustöö tellimine või kontsessioonilepingu sõlmimine hankija poolt. Hankeleping on hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega seotud leping, sh. kontsessioonileping, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd (vt. RHS § 8 lg 1). RHS § 8 lg 3 esimese lause kohaselt asjade hankelepinguga ostab, üürib, rendib või liisib hankija asju kas asja omandamise õigusega või ilma.

Seega RHS § 8 lg 3 tähenduses ei piirdu "asjade" kategooria üksnes kehaliste esemetega (vrd. TsÜS § 49 lg 1), vaid hõlmab ka muid tooteid, nt. elektrienergiat (vrd. Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus kohtuasjas C-393/92: Commune d'Almelo jt vs. NV Energiebedrijf Ijsselmij, p 28, vt. ka M. A. Simovart. RHS § 8 komm. 44 – M. A. Simovart, M. Parind (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019).

Arvestades, et soojusenergia (vt. CPV kood 09320000-8 "Aur, kuum vesi jms tooted" ja selle alaliigina CPV kood 09324000-6 "Kaugküte"), nagu ka elekter (CPV kood 09310000-5 "Elekter") või maagaas (CPV kood 09123000-7 "Maagaas"), on käsitletav asjana RHS-i tähenduses (soojus-, elektrienergia ja maagaasi ühisnimetajaks on CPV kood 09000000-3 "Naftatooted, kütused, elekter ja muud energiaallikad"), peab hankija soojusenergia ostmisel, ka siis, kui see toimub kaugküttevõrgu kaudu, järgima RHS-is asjade riigihanke ja asjade hankelepingu kohta sätestatud nõudeid.

Kehtivas seaduses puudub kuni 30.04.2007 kehtinud RHS-2000 [RT I 2000, 84, 534; 2001, 34, 189] § 4 lg 1 p-s 2 sätestatuga analoogne erand, mille kohaselt ei pidanud ostja (hankija) seaduses sätestatud korda rakendama vee-, elektrienergia-, gaasi-, soojusenergia-, kaabellevi- ja telekommunikatsiooniteenuste tellimise korral, kui sellist teenust oli võimalik tellida ainult ühelt isikult. Seetõttu tuleb soojusenergia ostmisel hankijal reeglina juhendada asjade riigihankeid reguleerivast üldisest korrast. Ei ole tuvastatud asjaolusid, mis võimaldaksid Hankijal kasutada soojusenergia ostmisel RHS § 153 lg-s 9 sätestatud erandit.

Võrgustikusektori hankija peab soojusenergia ostmiseks korraldama lihthankemenetluse, kui sõlmitava lepingu eeldatav maksumus on vähemalt võrdne 60 000 euroga ja jääb alla asjaomase rahvusvahelise piirmäära (vt. RHS § 15 lg 8, § 14 lg 1 p 2). Kui aga soojusenergia ostmiseks sõlmitava lepingu eeldatav kogumaksumus on vähemalt võrdne rahvusvahelise piirmääraga, peab võrgustikusektori hankija viima läbi hankemenetluse (vt. RHS § 15 lg 9).

Nagu oleme Hankijale riigihankealase nõustamistegevuse raames 18.11.2019 selgitanud, ei tähenda hankemenetluse korraldamise kohustus, et tegemist peaks tingimata olema avatud hankemenetlusega. Kaugkütteseadus (KKütS) § 8 lg 1 sätestab, et tarbija ostab soojust võrgu-ettevõtjalt, kelle võrguga tema valduses olev tarbijapaigaldis on ühendatud.

Ka tehnilistel põhjustel saab soojusenergiat kaugküttevõrgu kaudu osta üldjuhul ainult ühelt ettevõtjalt. Kui tehnilistel või õiguslikel põhjustel saab hankelepingu sõlmida ainult ühe pakkujaga, on RHS § 156 lg 1 p 3 alusel võrgustikusektori hankijal õigus korraldada riigihangete väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlusena.

Väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlus on väga paindlik ning hankijat ja ettevõtjat (pakkujat) vähekoormav hankemenetluse liik, mille läbiviimiseks ei ole hankijal vaja koostada mahukaid riigihanke alusdokumente, kehtestada kohustuslikke kvalifitseerimise tingimusi jms (vt. RHS § 72).

Väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlus ei pea toimuma elektrooniliselt, spetsiifilistele nõuetele vastavaid teabeedastusvahendeid kasutades. Sisuliselt kaasneb hankelepingu sõlmimisele väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluse teel hankijale üksnes kohustus esitada hankelepingu sõlmimise ning hiljem ka täitmise andmed avaldamiseks eRHR-ile (vt. RHS § 83). Erinevalt teistest hankemenetlustest ei lasu hankijal väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluses kohustust aktiivselt kontrollida ettevõtjatel kõrvaldamise aluste esinemist. Hankijal tekib kohustus kontrollida kõrvaldamise aluste esinemist üksnes kahtluse olemasolul (vt. RHS § 72 lg 7 "... on hankijale teadaolevalt").

Võrgustikusektori hankijal on RHS § 156 lg-s 1 sätestatud aluse esinemisel õigus korraldada lihthankemenetluse asemel väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluse, s.t hanke teatega algava lihthankemenetluse asemel viia läbi üksikute nõuete, paindlik ja vähekoormav väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlus (vt. RHS § 15 lg 11, § 125 lg 3).

Pärast riigihankealase selgituse saamist Rahandusministeeriumilt (vt. RaM 18.11.2019 vastust 13.11.2019 AS Tallinna Sadam esitatud nõustamispäringule) on Hankija edukalt korraldanud soojusenergia ostmiseks väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluse "Vanasadama Lootsi 13-4 hoone soojusvarustus määratud kaugküttevõrgus" (eRHR-i viitenumber 217820), sõlmides selle tulemusel 23.12.2019 AS-ga Utilitas Tallinn soojuse ostu-müügilepingu nr 1-15/414.

Elektrienergia võrguteenus

Järelevalvemenetluses kontrollimiseks esitatud raamatupidamise kuluandmetest nähtub, et Hankija on 2018. tasunud AS-le Elering, registrikood 11022625, s.o (elektri)võrguettevõtjale, kelle võrgupiirkonnas asuvad Hankija hallatavad sadamarajatised, võrguteenus eest kokku 453 766,01 eurot (koos taastuenergia tasuga 1 075 585,07 eurot). Rahandusministeeriumile teadaolevalt ei olnud Hankija 2018. aastal võrguteenus tellimiseks hankemenetlust korraldanud.

Rahandusministeerium on ka varasematest järelevalvemenetlustes juhtinud hankijate tähelepanu vajadusele korraldada võrguteenus tellimiseks lepingu eeldatavale maksumusele vastav riigihanke menetlus (nt. 29.07.2014 kontrolliakt nr 12.2-4/03 riigihangete korraldamise kontrollimise kohta Rae Vallavalitsuses; 14.11.2014 kontrolliakt nr 12.2-4/13 riigihangete korraldamise kontrollimise kohta Haapsalu Linnavalitsuses; 30.03.2015 kontrolliakt nr 12.2-4/17 riigihangete korraldamise kontrollimise kohta Kohila Vallavalitsuses; 05.07.2017 kontrolliakt nr 12.2-4/10 riigihangete korraldamise kontrollimise kohta SA Haapsalu ja Läänemaa Muuseumid).

Elektrienergia võrguteenus (vt. CPV kood 65300000-6 "Elektrijaotus- ja seonduvad teenused", CPV kood 65310000-9 "Elektrijaotus"), on käsitletav tavateenusena RHS-i tähenduses, mistõttu hankija peab võrguteenus tellimisel, järgima RHS-is teenuse hankelepingu kohta sätestatud nõudeid. Võrgustikusektori hankija puhul tähendab see üldjuhul nõuet korraldada alates lihthanke piirmäärast (60 000 eurot) vähemalt lihthankemenetlus ning asjaomasest rahvusvahelisest piirmäärast alates hankemenetlus.

Kui tehnilistel või ainuõigustega seotud põhjustel saab hankelepingu saab sõlmida ainult ühe pakkujaga ning konkurentsi puudumine ei tulene riigihanke esitatud tingimuste kunstlikust kitsendamisest või kunstilisest põhjustest, on võrgustikusektori hankijal RHS § 156 lg 1 p 3 järgi õigus korraldada hankemenetlus väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlusena.

Ühisveevärgist vee ostmine ja kanalisatsiooniteenused

Järelevamenetluses kontrollimiseks esitatud raamatupidamise kuluandmetest nähtub, et Hankija on 2018. tasunud AS-le Viimsi Vesi, registrikood 10461699, ja AS-le Tallinna Vesi, s.o vee-ettevõtjatele, kelle tegevuspiirkonnas asuvad Hankija hallatavad sadamarajatised, ühisveevärgi kaudu veega varustamise ning kanalisatsioonist reo-, sademe- ja drenaaživee, muu pinnase- ja pinnavee ärajuhtimise ja puhastamise eest kokku 714 567,26 eurot (AS-le Viimsi Vesi on tasunud 75 067,85 eurot ja AS-le Tallinna Vesi 639 499,41 eurot). Rahandusministeeriumile teadaolevalt ei olnud Hankija 2018. aastal ühisveevärgist vee ostmiseks ning kanalisatsioonist sademe- ja reovee ärjuhtimisteenuse tellimiseks soetuse maksumusele vastavat riigihanke menetlust korraldanud.

Vee kui toote ostmine, ka siis, kui see toimub ühisveevärgisüsteemi kaudu, võib kvalifitseeruda asjade hankelepinguks (vt. CPV kood 41000000-9 "Kogutud ja puhastatud vesi", CPV kood 09321000-5 "Kuum vesi"). Kanalisatsioonist reo-, sademe- ja drenaaživee, muu pinnase- ja pinnavee ärajuhtimine ja puhastamine on tavateenus (vt. CPV kood 90000000-7 "Reovee- ja jäätmekõrvaldusteenused, puhastus- ja keskkonnateenused").

RHS § 18 lg 1 sätestab, et kui segalepingu esemeks on üheaegselt kaks või enam RHS-i kohaldamisalasse kuuluvat tegevust, võib hankija sõlmida hankelepingu iga eseme kohta eraldi. Sellisel juhul kohaldab hankija hankelepingute sõlmimisel menetlusreegleid, mis käivad eraldi iga eseme kohta sõlmitava hankelepingu kohta.

Kui hankija ei ole segalepingu esemeid eristanud ning on sõlminud ühe lepingu, siis tuleks üldjuhul lähtuda hankelepingu peamisest esemest (vt. RHS § 8 lg 6: Hankeleping, mille esemeks on üheaegselt asi, teenus ja ehitustöö või kaks nendest, sõlmitakse peamisele hankelepingu esemele kohaldatavate reeglite järgi. Kui hankelepingu esemeks on osaliselt sotsiaal- ja eriteenus ning osaliselt muu teenus või osaliselt teenus ja osaliselt asi, määratakse peamine hankelepingu ese kindlaks asja või teenuse eeldatava maksumuse järgi).

Rahandusministeeriumile kontrollimiseks esitatud andmete põhjal ei ole võimalik eristada ühisveevärgist ostetud vee maksumust sademe- ja reovee ärjuhtimise ning puhastamise teenuse maksumusest. Kuivõrd asjade ja teenuste hankelepingu korral menetlusreeglite valikut määravad piirmäärad ei erine, puudub järelevamenetluses vajadus eristada ühisveevärgist vee kui asja (toote) ostmise ja kanalisatsiooniteenuste maksumust ning saab lähtuda ka vee-ettevõtjatele tasutud kogusummast.

Eelnevast järeldub, et Hankija oleks pidanud 2018. aastal kõnealuste asjade ja teenuste hankimiseks viima läbi hankemenetluse (vt. RHS § 15 lg 9, § 14 lg 3, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/25/EL art-d 15 ja 17, Euroopa Komisjoni delegeeritud määruse 2017/2364/EL art 1 p 1).

Kui tehnilistel või ainuõigustega seotud põhjustel saab (sadamarajatise asukohale vastavas tegevuspiirkonnas) hankelepingu sõlmida ainult ühe pakujaga ning konkurentsi puudumine ei tulene riigihankes esitatud tingimuste kunstlikust kitsendamisest või kunstilisest põhjusest, on võrgustikusektori hankijal RHS § 156 lg 1 p 3 järgi õigus korraldada hankemenetlus välja kuulutamisetähtaegidega hankemenetlusena. Järelevamenetluses ei ole tuvastatud asjaolusid, mis võimaldaksid Hankijal kasutada vee ostmisel RHS § 153 lg-s 10 sätestatud erandit.

Reisiteenused

Järelevamenetluses kontrollimiseks esitatud raamatupidamise kuluandmetest nähtub, et Hankija on 2018. tasunud AS-le Estravel, registrikood 10325720, nn reisiteenuste, sh. peamiselt lennupiletite, reisikindlustuse ja majutuse, eest kokku 70 972,71 eurot (seejuures lennupiletite ja reisikindlustuse maksumus kogukulust on vähemalt 60 000,00 euro, s.o üle 80%). Rahandusministeeriumile teadaolevalt ei ole Hankija 2018. aastal reisiteenuste tellimiseks lihthanget ega hankemenetlust korraldanud.

Reisiteenuste puhul on üldjuhul tegemist segalepinguga, kus mõne reisibüroo kaudu ostetakse lennupiletid (s.o tellitakse õhustransporditeenuseid) ning tellitakse ka majutus- ja kindlustusteenuseid.

Seejuures õhustransporditeenus, kindlustusteenus ja reisikorraldusteenus on tavateenused (CPV kood 60400000-2 "Õhustransporditeenused"; CPV kood 66510000-8 "Kindlustusteenused"; CPV kood 63516000-9 "Reisikorraldamisteenused"), majutusteenus on aga käsitletav eriteenusena (CPV kood 55110000-4 "Hotelli majutusteenused").

Rahandusministeerium on varasemates järelevaevemenetlustes juhtinud hankijate tähelepanu vajadusele reisiteenuste tellimiseks lepingu eeldatavale maksumusele vastav riigihanke menetlus (nt. 02.03.2017 kontrolliakt nr 12.2-4/8 riigihangete korraldamise kontrollimise kohta Kaitseliidus; 13.06.2017 kontrolliakt nr 12.2-4/3 riigihangete korraldamise kontrollimise kohta Eesti E-tervise Sihtasutuses; 20.12.2018 kontrolliakt nr 12.2-4/12 riigihangete korraldamise kontrollimise kohta Eesti Kunstiakadeemias).

RHS § 8 lg 6 teine lause sätestab, et hankelepung, mille esemeks on osaliselt eriteenus ning osaliselt muu teenus (tavateenus), määratakse peamine hankelepungu ese kindlaks teenuse eeldatava maksumuse järgi. Antud juhul ületab reisiteenuse segalepingus sisalduvate tavateenuste maksumus eriteenuste maksumust. Seega tulnuks Hankijal relevantse menetlusliigi valikul lähtuda tavateenuste kohaldatavatest reeglitest, s.o korraldada teenuse tellimiseks kas lihthankemenetlus (RHS § 15 lg 8, § 14 lg 1 p 2) või kasutada RHS § 50 p-s 5 sätestatud õigust korraldada õhustransporditeenuste ostmiseks riigihangete väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlusena (saab kasutada tingimusel, et riigihanke eeldatav maksumus on väiksem rahvusvahelisest piirmäärast).

Laevaheitmete käitlusteenus ning seotud ettevõtja ja sisetehingu erandi mittekohaldatavus

Järelevaevemenetluses kontrollimiseks esitatud raamatupidamise kuluandmetest nähtub, et Hankija on 2018. aastal tasunud AS-le Green Marine, registrikood 11021057, laevaheitmete käitlusteenuse eest kokku 2 280 522,33 eurot. Rahandusministeeriumile teadaolevalt ei ole Hankija laevaheitmete käitlusteenuse tellimiseks hankemenetlust korraldanud.

Sadamaseaduses sätestatud legaaldefiniitsiooni kohaselt on laevaheitmed kõik jäätmed, välja arvatud lastijäätmed, sealhulgas reovesi, prügi, pilsivesi, masinaruumist või veomahutist pärit naftasaadusi ja õli sisaldavad jäätmed ning jäätmed, mis tekivad veesõiduki töö käigus ja kuuluvad rahvusvahelise konventsiooni merereostuse vältimiseks laevadelt (MARPOL) 73/78 I, IV, V ja VI lisa kohaldamisalasse, ning lastiga seotud jäätmed, mis on määratletud MARPOL 73/78 V lisa rakendamise juhistes (vt. SadS § 2 p 19).

Vastavalt SadS § 25 lg-le 1 on laevaheitmete vastuvõtmise laevadelt ja muudelt veesõidukitelt, mida see sadam teenindab, sadama pidaja korraldada. Reeglina on laeva kapten enne sadamast lahkumist kohustatud andma üle kõik laevaheitmed (SadS § 25 lg 3). Laevaheitmete käitlemine sadamas on allutatud sadama pidaja, antud juhul AS-i Tallinna Sadam, juhtimisele ja kontrollile. Sadama pidaja koostab ja rakendab nõuetekohase laevaheitmete vastuvõtmise ja käitlemise kava, peab laevaheitmete üle arvestust ning kehtestab laevaheitmete käitluse tasud (laevadele), mis võivad sisalduda sadamatasudes või olla kehtestatud eraldi (vt. SadS §-d 26-28).

Seega on kõigi laevaheitmete käitlemine sadama territooriumil täielikult Hankija kontrolli all. Ühelgi Hankijast sõltumatu isikul ei ole ilma Hankija loa ja nõusolekuta võimalik osutada sadama territooriumil laevadele laevaheitmete käitlusteenuseid.

Laevaheitmete käitlemine on RHS-i tähenduses tavateenus (vt. CPV kood 90000000-7 "Reovee- ja jäätmekõrvaldusteenused, puhastus- ja keskkonnateenused"), mille tellimiseks pidi sadamate seotud valdkonnas tegutsev võrgustikusektori hankija 2018. aastal korraldama hankemenetluse, kui tellitava käitlusteenuse maksumus oli vähemalt võrdne rahvusvahelise piirmääraga, s.o 443 000,00 euroga (vt. RHS § 15 lg 9, § 14 lg 3, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/25/EL art-d 15 ja 17, Euroopa Komisjoni delegeeritud määruse 2017/2364/EL art 1 p 1).

Kontrollvisiidi käigus avaldas Hankija esindaja, et laevaheitmete käitlusteenuse tellimiseks AS-lt Green Marine ei olnud riigihanke menetluse korraldamine Hankija arvates nõutav, sest Hankija ei ole RHS § 153 lg 1 p 3 ja lg 3 p 2 järgi selleks kohustatud.

RHS § 153 lg 1 p 3 ja lg 3 p 2 sätestavad võrgustikusektori hankijaga seotud ettevõtjaga sõlmitava lepingu erandi, mille korral võrgustikusektori hankija ei ole kohustatud RHS-is sätestatud korda järgima. Võrgustikusektori hankija ei ole kohustatud rakendama RHS-is sätestatud korda lepingu sõlmimisel hankijaga seotud ettevõtjaga. RHS § 153 lg 8 sätestab, et seotud ettevõtja (RHS-i 5. ptk) tähenduses on ettevõtja, kelle aastaaruanne konsolideeritakse hankija aastaaruandega, või ettevõtja, kelle üle hankijal on otseselt või kaudselt valitsev mõju RHS § 5 lg 3 p-s 3 nimetatud viisil või kellel on valitsev mõju hankija üle või kes on koos hankijaga sama isiku valitseva mõju all.

RHS § 153 lg 3 p 2 kohaselt võib seotud ettevõtjaga teenuste lepingu sõlmimisel kõnealust erandit kohaldada tingimusel, et vähemalt 80% seotud ettevõtja eelneva kolme aasta teenuste osutamise keskmisest käibest on saadud teenuste osutamisest RHS § 153 lg 1 p-s 3 nimetatud hankijatele või nendega seotud ettevõtjatele.

Olles tutvunud AS-le Green Marine majandusaasta aruannetega (2015-2017), ei ole Rahandusministeerium leidnud kinnitust sellele, et vähemalt 80% AS Green Marine teenuste osutamise keskmisest müügitulust oleks saadud teenuste osutamisest AS-le Tallinna Sadam või AS-ga Tallinna Sadam seotud ettevõtjatele. AS-le Tallinna Sadam ja temaga seotud ettevõtjatele aastatel 2015-2017 osutatud teenuste kogukäive, oli majandusaasta aruannete põhjal alla 80%. Järelikult ei ole antud juhul täidetud RHS § 153 lg 1 p-s 3 ja lg 2 p-s 2 nimetatud erandite kohaldamiseks vajalik kohustuslik eeldus.

Kuivõrd RHS § 153 lg 3 p-s 2 sätestatud seotud ettevõtja erandi kasutamise kumulatiivne eeldus ei ole täidetud, puudub vajadus täiendavalt kontrollida, kas AS-le Green Marine on üleüldse AS-ga Tallinna Sadam seotud ettevõtjaks RHS § 153 lg 8 järgi.

Siiski soovib Rahandusministeerium juhtida Hankija tähelepanu asjaolule, et AS Green Marine aastaaruanne ei konsolideerita AS-i Tallinna Sadam aastaaruandega ning vaatamata 51% suurusele osalusele AS Green Marine aktsiakapitalis ei ole AS-l Tallinna Sadam otseselt ega kaudselt valitsevat mõju AS Green Marine üle (vt. AS Tallinna Sadam 2018. majandusaasta aruanne, lk-d 52, 88-89: "AS-l Tallinna Sadam on 51%-line osalus sidusettevõttes AS Green Marine, kuid kus AS-il Tallinna Sadam puudub kontrolliv otsustusõigus. [...] Ehkki AS-ile Tallinna Sadam kuulub 51%, nii seisuga 31.12.2018 kui ka seisuga 31.12.2017, osalus ja hääleõigus AS-is Green Marine ning kahele ülejäänud aktsionärile kuulub ülejäänud osalus, peaks kontsernil AS-i Green Marine üle mõjuvõimu omamiseks olema sisuline hääle- või lepingulistel õigustel põhinev mõjuvõim, mille kaudu kontsern saaks AS-i Green Marine tegevust suunata. AS-i Green Marine põhikirja kohaselt on tegevuse kohta otsuste langetamiseks vaja vähemalt 75% hääleõigust. Kuigi AS Tallinna Sadam võib iga otsust blokeerida, ei oma kontsern AS-i Green Marine üle kontrolli, sest kontsern vajab otsuste jaoks teiste aktsionäride nõusolekut. Seega kontsern ei oma kontrolli ettevõtte üle").

Oma osakonnaga sarnase kontrolli puudumine ja otsene erakapitali osalus, mis võimaldab takistada Hankijal AS-is Green Marine strateegijat suunavate ja tegevust mõjutavate otsuste vastuvõtmist, välistaks ühtlasi ka Hankija tuginemise RHS §-s 12 sätestatud sisetehingu erandile, kui AS-i Tallinna Sadam puhul oleks tegemist avaliku sektori hankijaga.

Eeltoodust tulenevalt, saab asuda seisukohale, et Hankija peaks sadamates laevaheitmete käitlus-teenuse osutamiseks vajaliku teenuslepingu sõlmimiseks viima läbi RHS-i 5. ptk-is ette nähtud korras hankemenetluse (vt. RHS § 15 lg 9, § 14 lg 3, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/25/EL art-d 15 ja 17, Euroopa Komisjoni delegeeritud määruse 2017/2364/EL art 1 p 1). Teenuse tellimine riigihanke menetlusest ebaseadusliku otselepingu alusel annab ühele ettevõtjale põhjendamatu ja lubamatu konkurentsieelise ning võib olla lisaks RHS §-le 215, karistatav ka KarS § 300 järgi.

- i) 26.02.2021 kirjas nr 1-16/126-3 esitas Hankija kontrollakti projektile kommentaarid, milles asus muu hulgas järgmisele seisukohale: "Kontrollakti punktis 2.5 välja toodud laevaheitmete käitlusteenuse ning seotud ettevõtja ja sisetehingu erandi mittekohaldatavuse osas märgib TS, et on 2018. aastal kontrollinud AS-i Green Marine poolt TS-ile ja sellega seotud ettevõtjatele osutatud teenuste osakaalu ning AS-i Green Marine edastatud info kohaselt (tabeli lisatud)

ületas see majandusaastate 2015, 2016 ja 2017 jooksul igal aastal nõutud 80% piiri. TS on varem pöördunud Rahandusministeeriumi poole RHS § 5 lõike 3 punkti 2 sisustamise osas ning on saanud vastuse, mille kohaselt ei ole Rahandusministeerium sätte sisustamisel tuginenud faktilise valitseva mõju kindlakstegemisele, vaid on asunud seisukohale, et formaalne nõude täitmine (praegusel juhul 51% suurune osalus AS Green Marine aktsiakapitalis kui aktsiakapitalist rohkem kui poole omamine RHS § 5 lõike 3 punkti 2 mõistes) on piisav viidatud nõude täitmiseks. Eeltoodust tulenevalt oleme seisukohal, et TS ei ole laevaheitmete käitlusteenuse tellimisel eksinud riigihangete seaduse seotud ettevõtja ja sisetehingu erandi kohaldamise reeglite vastu." Hankija 26.02.2021 kirjale olid lisatud tabeli kujul andmed AS Green Marine müügitulu kohta, mille kohaselt AS Green Marine teenuste kogukäibest oli saadud teenuste osutamisest AS-le Tallinna Sadam ja temaga seotud ettevõtjatele: 2015. aastal 86,75%; 2016. aastal 84,71%; 2017. aastal 82,22%; Aastate 2015-2017 keskmisest teenuste käibest 84,56%. Rahandusministeerium palus Hankijal nimetatud andmeid täiendavalt selgitada, esitades Hankijale auditeeritud ja äriregistris avaldatud AS-i Green Marine majandusaasta aruannete põhjal ning Hankija teenuste müügitulu arvutamise metoodikat kasutades koostatud võrdlustabeli, mille kohaselt aastatel 2015-2017 AS-le Tallinna Sadam ja temaga seotud ettevõtjatele osutatud teenuste kogukäive moodustas AS-i Green Marine käibest: 2015. aastal 77,95%; 2016. aastal 79,24%; 2017. aastal 82,23%; Aastate 2015-2017 keskmisest teenuste käibest 79,91%, s.o alla 80%. Hankija selgitas vastuseks Rahandusministeeriumile, et AS Green Marine on tema poolt AS-ile Tallinna Sadam ning sellega seotud ettevõtjatele osutatud teenuste hulka arvanud ka sellised jäätmekäitlusteenused, mida AS Green Marine on osutanud AS-i Tallinna Sadam sadamates peatunud laevadele. Hankija lisas oma vastuskirjale AS Green Marine ja AS Tallinna Sadam vahel sõlmitud lepingud ning AS-i Tallinna Sadam tellimusel Advokaadibüroo Pohla & Hallmägi poolt 30.01.2014 koostatud õigusarvamuse, milles on leitud, et: "Euroopa Kohus on märkinud 11. mai 2006. aasta lahendis asjas nr C-340/06, et selleks, et hinnata, kas ettevõtte tegutseb põhiliselt teda omava omavalitsuse huvides, tuleb arvesse võtta kogu ettevõtte poolt tellijaga sõlmitud riigihankelepingu alusel teostatav tegevus, sõltumata sellest, kas selle tegevuse eest maksab tellija ise või osutatud teenuste kasutaja, ning territoorium, kus tegevust teostatakse, ei ole oluline."

- ii) Rahandusministeerium on tulenevalt Hankija vastuväidetest ning kasutades AS-i Green Marine teenuste kogukäibest AS-ile Tallinna Sadam ja temaga seotud ettevõtjatele osutatud teenuste käibe osakaalu arvutamisel Hankijaga sama metoodikat, kuid tuginedes auditeeritud ja äriregistris avaldatud majandusaasta auranetes sisalduvatele alusandmetele, asendanud ülaltoodud märkuses sõnad „kuni 75%“ sõnadega „alla 80%“. Nimetatu ei muuda aga Rahandusministeeriumi järeldusi.

Esmalt tuleb märkida, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb kõiki erandeid riigihankeõiguse kohaldamisalast sisustada kitsendavalt (vt. nt EKo C-71/92, p 10; C-107/98, p 43; C-337/05, p 56; C-408/16, p 45) ning erandi esinemist tõendavate asjaolude tõendamiskoormus lasub hankijal (vt. nt EKo C-199/85, p 14; C-337/05, p 58). Eelöeldu kehtib ka RHS § 153 lg 1 p-s 3 sätestatud võrgustikusektori hankijaga seotud ettevõtja ehk sidusettevõtja erandi kohta (vrd. EKo C-340/04, p 55). Teisalt, arvestades riigihankedirektiivide ja riigihangete seadusega taotlemaid eesmärke ning regulatsiooniga kaitstavaid õigushüvesid, tuleb riigihankeõiguse kohaldamisala tõlgendada kahtluse korral laiendavalt (vrd. EKo C-521/18, p-d 39-43).

Hankija ei ole tõendanud, et seotud ettevõtja erandi kohaldamise eelduseks olev käibe-kriteerium oleks antud juhul täidetud. RHS § 153 lg 3 p 2 sätestab, et vähemalt 80% seotud ettevõtja eelneva kolme aasta teenuste osutamise keskmisest käibest peab laekuma teenuste osutamisest Hankijale või temaga seotud ettevõtjatele. Erandite kitsendava tõlgendamise nõude tõttu ei ole Rahandusministeeriumi arvates võimalik „vähemalt 80%“ käibenõuet täita protsendimäära suuremaks ümardamise teel. Vastuvõetamatu on ka Hankija subjektiivne õigustõlgendus, mille järgi nõutud protsendimäära arvutamisel saab võtta arvesse (jäätmekäitlus)teenused, mida AS Green Marine on osutanud AS-i Tallinna Sadam sadamates peatunud laevadele.

Esiteks ei nähtud Hankija poolt järelevalvemenetluses esitatud lepingutest, et Hankija poolt AS-ilt Green Marine tellitud teenuste eest tasumise kohustus lasuks mõnel kolmandal isikul, sh. Hankija poolt hallatava sadama teenuseid kasutaval ettevõtjal. Vastavalt sadamaseadusele korraldab Hankija sadamapidajana sadamas jäätmete käitlemist ning Rahandusministeerium on mõistnud temale tutvumiseks esitatud lepinguid selliselt, et AS-ile Green Marine maksab käideldud jäätmekoguste eest tasu vahetult AS Tallinna Sadam, mitte sadamas peatuvate laevade prahtija, laevade agenteerimise teenuseid osutav ettevõtja või mõni muu kolmas isik. Laevaheitmete käitluse tasud (laevadele) sisalduvad AS-ile Tallinna Sadam makstavates sadamatasudes. Hankija veebilehel avaldatud sadamatasude eeskirja kohaselt võtab AS Tallinna Sadam jäätmetasu laeva kogumahutavuse järgi laeva iga külastuse eest eraldi, reisilaevadel ühe külastuse eest ööpäevas, vastavalt eeskirjas toodud määradele. Rahandusministeeriumil puuduvad ka andmed selle kohta, et Hankija oleks sõlminud tema hallatavates sadamates jäätmekäitluse korraldamiseks AS-iga Green Marine teenuste kontsessioonilepingu (või et muul viisil tasuksid hankijaga sõlmitud lepingu alusel teostatava tegevuse eest osutatud teenuste kasutajad).

Teiseks ei ole antud juhul asjakohane Advokaadibüroo Pohla & Hallmägi 30.01.2014 õigusarvamuses tehtud viide kohtulahendile nr C-340/04 (õigusarvamuses ja Hankija vastuskirjas ekslikult märgitud kui C-340/06). Kõnealuses kohtulahendis on Euroopa Kohus sisustanud avaliku sektori hankija sisetehingu erandit, mitte võrgustikuhankija sidusettevõtja erandit. Kohus ei käsitlenud kõnealuses lahendis seda, kuidas sisustada sidusettevõtja erandi tingimust, mille kohaselt 80% teenuste käibest peal olema saadud teenuste osutamisest hankijale. Nimetatud otsuses ütles Euroopa Kohus seda, et võrgustikudirektiivi sidusettevõtja erandi sätet ei saa kohaldada hindamaks klassikalise (avaliku) sektori direktiivi kohaldamata jätmise tingimusi, mille kohaselt äriühing, kellega sõlmiti hankeleping riigihanke menetlust korraldamata, peab tegutsema põhiliselt hankija (nt. kohaliku omavalitsuse) huvides, kellel on selles äriühingus enamusosalus (vt. EKo C-340/06, p-d 48-57). RHS § 153 lg 3 p 2 sätestab sõnaselgelt ja ühemõtteliselt, RHS § 153 lg 1 p-s 3 nimetatud (seotud ettevõtja) erandit võib kohaldada teenuste hankelepingu sõlmimisel tingimusel, et vähemalt 80% seotud ettevõtja eelneva kolme aasta teenuste osutamise keskmisest käibest on saadud teenuste osutamisest RHS § 153 lg 1 p-s 3 nimetatud hankijatele või nendega seotud ettevõtjatele. Sama reegli sätestab võrgustikudirektiivi 2014/25/EL art 29 (sidusettevõtjatega sõlmitud hankelepingud) lg 4 p „a“, mille järgi vähemalt 80% sidusettevõtja eelneva kolme aasta kõikide teenuste osutamise keskmisest kogukäibest peab olema saadud teenuste osutamisest võrgustiku sektori hankijale või teistele temaga seotud ettevõtjatele. Seega ütleb nii RHS § 153 lg 3 p 2 kui ka selle aluseks olev direktiivi norm, et käibekriteerium peab olema täidetud Hankijale ja temaga (valitseva mõju kaudu) seotud ettevõtjatele osutatud teenuste osas. Õiguslik regulatsioon erineb selles osas avaliku sektori hankija sisetehingu erandist, mille korral on nõutav, et üle 80% kontrollitava juriidilise isiku tegevusest oleks nende ülesannete täitmine, mille temale on usaldanud teda kontrolliv hankija või viimase kontrollitav muu juriidiline isik.

Tulles tagasi Hankija viidatud kohtulahendi (EKo C-340/06) juurde, siis avaliku sektori hankija sisetehingu ning võrgustikuhankija sidusettevõtja erandite vahel on teisigi erinevusi. Sisetehingu korral peab hankija kontroll lepingupartneri üle olema samasugune nagu oma osakonna üle (vt. ka RHS § 12 lg 2 p 1 ja lg 5 p 1). Nimelt leidis Euroopa Kohus eelnimetatud otsuses, et kontrollikriteeriumi täitmiseks peab olema tegemist otsustava mõjuga äriühingu strateegilistele eesmärkidele ja tähtsatele otsustele. Kui hankija kontroll piirdub peamiselt äriühinguõiguses aktsionäride enamusele antud õiguste ulatusega, siis ei ole kontrollikriteerium täidetud (vt. EKo C-340/06, p-d 34-40). Võrgustikudirektiivi sidusettevõtja erandi kohaldamise eelduseks olev kontrollikriteerium nii range ei ole, kuid seegi eeldab hankija poolse otsese või kaudse valitseva mõju (tegeliku ja otsustava kontrolli) olemasolu.

RHS § 153 lg 8 sätestab, et seotud ettevõtja RHS-i 5. ptk tähenduses on ettevõtja, kelle aastaaruanne konsolideeritakse hankija aastaaruandega, või ettevõtja, kelle üle hankijal on otseselt või kaudselt valitsev mõju RHS § 5 lg 3 p-s 3 nimetatud viisil või kellel on valitsev mõju hankija üle või kes on koos hankijaga sama isiku valitseva mõju all.

Võrgustikudirektiivi 2014/25/EL art 29 lg-d 1-2 sätestavad, et: "Käesolevas artiklis tähendab „sidusettevõtja” mis tahes ettevõtjat, kelle raamatupidamise aastaaruanne on konsolideeritud võrgustiku sektori hankija aastaaruannetega vastavalt nõukogu direktiivi 2013/34/EL nõuetele. Direktiiviga 2013/34/EL hõlmamata üksuste puhul tähendab „sidusettevõtja” mis tahes ettevõtjat, kes vastab järgmistele tingimustele: a) tema üle võib võrgustiku sektori hankijal olla otsene või kaudne valitsev mõju; b) tal võib olla valitsev mõju võrgustiku sektori hankija üle või c) tema ja võrgustiku sektori hankija üle on teisel ettevõtjal valitsev mõju tulenevalt omandiõigusest või finantsosalusest või teda reguleerivatest eeskirjadest. Käesoleva lõike kohaldamisel on mõistel „valitsev mõju” sama tähendus kui artikli 4 lõike 2 teises lõigus." Võrgustikudirektiivi art 4 lg 2 teises lõikus on sätestatud, et valitseva mõju olemasolu üksnes eeldatakse, kui hankija(d) otseselt või kaudselt: a) omab enamust äriühingu märgitud kapitalist; b) omab kontrolli äriühingu emiteeritud aktsiatega määratud häälte enamuse üle; c) võib nimetada rohkem kui poole äriühingu haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest. Võrgustikudirektiivi põhjenduspunktis 41 on selgitatud, et: "[E]ttevõtjaid tuleks lugeda seotuks, kui asjaomase võrgustiku sektori hankija ja ettevõtja vahel on otsene või kaudne valitsev mõju või kui mõlemad on mõne teise ettevõtja valitseva mõju all. [---] Ettevõtjad tuleks lugeda seotuks juhul, kui nende raamatupidamise aastaaruanded on konsolideeritud. Liidu eeskirju konsolideeritud raamatupidamisaruannete kohta ei kohaldata siiski teatavatel juhtudel, näiteks seoses asjaomase ettevõtja suuruse tõttu või seetõttu, et teavad nõuded nende õigusliku vormi suhtes ei ole täidetud. Sellistel juhtumitel, mil Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2013/34/EL ei kohaldata, tuleb analüüsida, kas otsene või kaudne valitsev mõju on olemas, võttes arvesse omandiõigust, rahalist osalust või nimetatud ettevõtjaid reguleerivaid eeskirju." Euroopa Kohtud on korduvalt leidnud, et EL-i riikide õigusnorme peab tõlgendama kooskõlas EL-i õigusega, mis tähendab, et erinevate tõlgendusvariantide puhul tuleks eelistada EL-i õigusega konformset tõlgendamist. Järelikult ei saa RHS § 153 lg-s 8 sätestatud valitseva mõju sisustamisel lähtuda formaalselt sellest, et asjaomane hankija omab (teise) äriühingu aktsiakapitalist rohkem kui poolt.

Direktiivis 2013/34/EL (art 22) ja selle alusel kehtestatud raamatupidamise seaduses (RPS § 27) sätestatud aastaaruannete konsolideerimise kohustuse tekkimise alused suuresti kattuvad RHS § 5 lg 3 p-s 3 nimetatud valitseva mõju teostamise eelduslike viisidega, s.t valitseva mõju olemasolul raamatupidamise aastaaruanded üldjuhul konsolideeritakse ja valitseva mõju puudumisel neid ei konsolideerita. Valitseva mõju tuvastamise kriteeriumid on viidatud õigusallikates sõnastatud sarnaselt. Antud juhul ei ole Hankija esitanud vastuväiteid sellele, et AS-i Green Marine ja AS-i Tallinna Sadam majandusaasta aruandeid ei ole konsolideeritud. Äriregistrile esitatud, kinnitatud ja auditeeritud majandusaasta aruannetest nähtuvalt ei ole aastaaruandeid konsolideeritud. Samuti puuduvad andmed selle kohta, et AS-i Green Marine ei oleks tema suuruse, õigusliku vormi vms põhjuse tõttu hõlmatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiviga 2013/34/EL.

Niisiis, kui vaatamata asjaolule, et AS Tallinna Sadam omab AS-i Green Marine aktsiakapitalist 51% ja valitseb ühtlasi rohkem kui poolt AS-i Green Marine aktsiate esindatud häälest, ei ole AS-i Green Marine ja AS-i Tallinna Sadam majandusaasta aruandeid konsolideeritud põhjendusega, et Hankijal puudub AS-i Green Marine üle tegelik valitsev mõju („kontrolliv otsustusõigus“), saab sellest järeldada, et AS Green Marine ei ole AS-iga Tallinna Sadam seotud ettevõtja RHS § 153 lg 8 tähenduses ning AS Tallinna Sadam ei riigihanke menetluse korraldamata jätmisel tugineda valitsevat mõju eeldava seotud ettevõtja erandile.

Isegi siis, kui AS Green Marine ei oleks hõlmatud direktiiviga 2013/13/EL, siis praegusel juhul on enamusosalusest tuleneva valitseva mõju eeldus ümber lükatud asjaoluga, et enamusosalusele vaatamata ei ole AS-il Tallinna Sadam tegelikku ja otsustavat kontrolli AS Green Marine üle. Nagu Hankija ise on oma 2018. aasta majandusaasta aruandes välja toonud, puudub AS-il Tallinna Sadam AS-i Green Marine üle hääle- või lepingulistel õigustel põhinev mõjuvõim, mille kaudu AS Tallinna Sadam saaks AS-i Green Marine tegevust suunata. AS-i Green Marine põhikirja kohaselt on tegevuse kohta otsuste langetamiseks vaja vähemalt 75% hääleõigust. AS Tallinna Sadam võib küll iga otsust blokeerida, ei oma ta AS-i Green Marine üle tegelikku kontrolli, sest otsuste tegemiseks on vajalik teiste aktsionäride nõusolek (vt. AS Tallinna Sadam 2018. majandusaasta aruanne, lk-d 52, 88-89).

Kuigi äriseadustikust tulenevalt on enamusaktsionäri üldjuhul aktsiaseltsi üle valitsev mõju, näeb 17.03.2011 aktsionäride üldkoosoleku otsusega kinnitatud AS-i Green Marine põhikiri ette järgmised erisused, mis välistavad AS-i Tallinna Sadam kui enamusaktsionäri poolt AS-i Green Marine üle tegeliku ja otsustava kontrolli teostamise: p 5.16 kohaselt on üldkoosolek pädev vastu võtma otsuseid, kui koosolekul on esindatud vähemalt $\frac{3}{4}$ aktsiatega kaetud häälest (vrd. AS § 297 lg 1 „üldkoosolek võib vastu võtta otsuseid, kui üldkoosolekul osalevad aktsionärid, kes omavad üle poole aktsiatega esindatud häälest“); p 5.17 kohaselt loetakse isiku valimisel üldkoosolekul valituks kandidaat, kes sai teistest enam hääli, kuid mitte vähem, kui $\frac{2}{3}$ valimistel osalenud häälest (vrd. AS § 299 lg 2 „isiku valimisel loetakse üldkoosolekul valituks kandidaat, kes sai teistest enam hääli“); p 6.12 kohaselt on nõukogu otsus vastu võetud, kui selle poolt hääletasid vähemalt 4 (neli) nõukogu liiget (põhikirja p 6.1 kohaselt on nõukogus kokku 5 liiget) (vrd. AS § 322 lg 1 „nõukogu otsus on vastu võetud, kui selle poolt hääletas üle poole hääletamisel osalenud nõukogu liikmetest“).

Ka Rahandusministeeriumi 06.04.2018 vastusest AS-i Tallinna Sadam selgituspäringule ei saa teha Hankija soovitud järeldusi, sest kõnealune nõustamispäring käsitles mitte valitseva mõju tuvastamist, vaid valitsevat mõju omavat subjekti. 06.04.2018 nõustamispäringus esitas Hankija küsimuse, et kas RHS § 153 lg-s 8 seotud ettevõtja defineerimisel tehtud viidet avaliku sektori hankijat käsitlevale RHS § 5 lg 3 p-le 3 tuleb mõista selliselt, et seotud ettevõtja RHS § 153 lg 8 mõistes saab olla üksnes ettevõtja, mille üle omab valitsevat mõju avaliku sektori hankija (mitte aga võrgustikusektori hankija). Rahandusministeerium selgitas 06.04.2018 abstraktselt, s.o teadmata konkreetse juhtumi tehiosid ning andmata konkreetsele üksikjuhtumile õiguslikku hinnangut, et RHS § 153 lg-s 8 tehtud viide viitab valitseva mõju viisile RHS § 5 lg 3 p 3 tähenduses, mitte selle subjektidele.

Vaatamata sellele, et AS Tallinna Sadam on AS Green Marine enamusaktsionäriks (51% aktsiakapitalist) ja valitseb 20 400 häält AS-i Green Marine aktsiatega esindatud 40 000 häälest (Põhikirja 3.2 järgi on kõik AS Green Marine aktsiad on nimelised A-aktsiad, üks A-aktsia annab üldkoosolekul 1 (ühe) hääle), puudub AS-il Tallinna Sadam pädevus määrata otseselt või kaudselt rohkem kui poolt AS-i Green Marine juhatuse või nõukogu liikmetest või teostada muul viisil tegelikku ja otsustavat kontrolli AS-i Green Marine tegevuse üle. AS-il Tallinna Sadam (ainuisikuliselt) puudub seadusest või lepingust, sh. põhikirjast, tulenev otsene või kaudne õigus AS-i Green Marine asutajaõigusi teostades või üldkoosoleku otsusega nimetada või tagasi kutsuda enamikku AS-i Green Marine tegevjuhtkonnast või kõrgema juhtorgani liikmetest.

Järelikult puudub AS-il Tallinna Sadam valitsev mõju AS-i Green Marine üle, mistõttu AS Green Marine ei ole käsitletav AS-iga Tallinna Sadam seotud ettevõtjana RHS § 153 lg 8 tähenduses ning AS Tallinna Sadam ei saa AS-ga Green Marine hankelepingu sõlmimisel tugineda RHS § 153 lg 1 p-s 3 nimetatud seotud ettevõtja erandile ning seda olenemata sellest, milline protsent AS Green Marine eelneva kolme aasta keskmisest käibest on saadud AS-ilt Tallinna Sadam.

3. Järeldused

- 3.1. Kontrollimise käigus tuvastati Hankija tegevuses üksikuid kõrvalekaldumisi RHS-is sätestatud korrast, nt. seoses: hankeplaani koostamise ja kinnitamisega hankekorrast ette nähtud tähtpäevast hiljem; hilinemistega riigihanke menetluse ja hankelepingu lõppemisest teavitamisel; riigihanke õigusvastase osadeks jaotamisega ning sellest tuleneva eksimusega kohase riigihanke menetlusliigi valikul ja rahvusvahelise piirmääraga võrdse või seda ületava riigihanke eeldatava maksumuse kohta hanketeate esitamisel märke tegemata jätmisega ja kohustusliku ooteaja mittejärgimisega; riigihanke erandite ebaõige kohaldamisega ja samaesemeliste soetuste summeeritud eeldatavale kogumaksumusele vastava riigihanke menetluse korraldamata jätmisega.
- 3.2. Kuigi Hankija riigihankekorralduses esines üksikuid puudujääke, siis arvestades Hankija hanke-mahtusid, riigihangete üldarvu ja töökoormust (Hankija struktuuris puudub eraldiseisev hanke-osakond, -teenistus vms struktuuriüksus) on riigihanked korraldatud heal tasemel.
- 3.3. Tuvastatud puudujäägid on tõhusama hankeplaneerimise teel ületatavad. Hankijale on järelevalve-menetluse käigus tuvastatud puudusi selgitatud, mis loodetavasti loob vajalikud eeldused rikkumisi tinginud põhjuste kõrvaldamiseks ja edaspidi samalaadsetest rikkumistest hoidumiseks. Hankija hankepraktika on ajas muutunud paremuse suunas. Näiteks on Hankija kontrolliperioodile järgneval aastal soojusenergia ostmiseks nõutava hankemenetluse juba korraldanud.

(allkirjastatud digitaalselt)

Estella Põllu
osakonnajuhataja asetäitja
riigihangete ja riigiabi osakond

Järelevalvetoiminguid teostanud ametnik:

Mihhail Antonov
jurist riigihangete järelevalve alal
riigihangete ja riigiabi osakond
611 3468; mihhail.antonov@fin.ee